بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة العلوم الإسلامية العالمية
كلية الشريعة والقانون / الدراسات العليا

رسالة دكتوراه بعنوان:

# تحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية

**" دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني الأردني"**

**Alteration of rules principles in commutative contracts**

" Comparative  contracts in Islamic and the Jordanian Civil Law"

بإشراف الدكتور:

محمود إبراهيم الخطيب

مقدمة من الطالب:

محمد فوزي عبد الله الحادر

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله ، في كلية الشريعة والقانون، في جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

نوقشت وأوصي بإجازتها  بتاريخ:٢٢/١١/٢٠١٠م

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center  of Thesis Deposit




All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة العلوم الإسلامية العالمية
كلية الشريعة والقانون / الدراسات العليا

# تحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية

**" دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني الأردني"**

**Alteration of rules principles in commutative contracts**

" Comparative contracts in Islamic and the Jordanian Civil Law"

| أعضاء لجنة المناقشة: | | التوقيع |
|---|---|---|
| الدكتور: **محمود إبراهيم الخطيب:** | مشرفاً ورئيساً | |
| الأستاذ الدكتور: **مصطفى ديب البغا:** | عضواً | |
| الأستاذ الدكتور: **عبد المجيد الصلاحين:** | عضواً | |
| الأستاذ الدكتور: **محمد راكان الدغمي:** | عضواً خارجياً | |
| الدكتور: **ياسين محمد الجبوري:** | عضواً قانونياً | |

**قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، من كلية الشريعة والقانون، من جامعة العلوم الإسلامية العالمية.**

**نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ:٢٢/١١/٢٠١٠م**

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

- إلى روح والدي الذي طالما تمنى أن يراني وقد أنهيت دراستي، ولكن وافته المنية قبل ذلك، أدعو الله أن يرحمه ويغفر له و أن يسكنه فسيح جناته.

- إلى والدتي الحبيبة، سائلاً المولى أن يطيل في عمرها، وأن يديم عليها الصحة والعافية.

- إلى زوجتي الغالية، التي كانت على طول الوقت مقدمة لي النصح والمشورة.

الباحث

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# الشكر والتقدير:


- الشكر لله تعالى الذي سهل ويسر لي إنجاز هذا البحث ، أرجو أن يتقبله مني عملاً خالصاً لوجهه الكريم.

- كما أتقدم بالشكر لجامعتي جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ممثلة بسمو الأمير الدكتور غازي بن محمد حفظه الله ورعاه وبرئيسها وأعضاء الهيئة التدريسية جميعاً لما قدمته من فرصة مواصلة دراستي العلمية، راجياً من الله أن يجزيهم عني أحسن الجزاء.

- كما أتقدم بشكري واحترامي وإقراري بجميله أستاذي الدكتور محمود إبراهيم الخطيب، والذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وقاد خطاي في هذا البحث، وقد أفدت من ملاحظاته الدقيقة، وتوجيهاته السديدة، ونظراته الصائبة، أرجو الله أن يمد في عمره وأن يهبه الصحة والعافية.

- كما أتقدم بجزيل الشكر للجنة المناقشة التي تفضلت بقراءة هذا البحث ومناقشته، وبيان ما ورد فيه من ملاحظات وتوجيهات قيمة، كانت مح ل عنايتي وتقديري، جزاهم الله عنا وعن المسلمين كل خير.

- كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى جميع الإخوة والزملاء الذين ساعدوني طوال فترة كتابتي لهذا البحث ،وأخص بالذكر الأستاذ خالد الكعابنة، والأستاذ عدنان عياش ، والأستاذ عبد الجبار الغول، والأستاذ أحمد حسين.

الباحث




All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بسم الله الرحمن الرحيم

**المقدمة:**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على النبي العربي الأمين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إن صيغ العقود إخبار عما في النفس من المعاني التي هي أصل العقود ومبدأ الحقيقة التي يصير بها اللفظ كلاماً معتبراً فإنها لا تصير كلاماً معتبراً إلا إذا قرنت بمعانيها، فتصير إنشاءً للعقود والتصرفات من حيث أنها هي التي أثبتت الحكم وبها وجد، وباللفظ والمعنى جميعا يتم الحكم.

وقد اعتنت الشريعة الإسلامية بمعاملات الناس وتصرفاتهم عناية كبيرة، وأولت العقود اهتماماً خاصاً، لما لها من أثر كبير على استقرار حياة الناس ومعاشهم، وحاجاتهم المتجددة عبر الأيام والسنين.

فبحث عقود المعاوضات المالية، له أهمية خاصة من الناحيتين العملية والعلمية.

فمن الناحية العملية: يمثل جانباًمهماً من جوانب التعامل اليومي في مختلف نواحي الحياة، ويمثل كذلك مظهرًا هاماً من مظاهر التبادل والتعاون بين الأفراد والجماعات.

ومن الناحية العلمية: تعتبر العقود أصل التعامل بين الناس، لذا فقد نظمها المشرع تنظيماً دقيقاً، حيث أفرد لها العلماء والفقهاء أبواباًخاصة، وقسموها وبينوا أركانها وشروطها، وأقسام كل عقد.

وبما أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فإن عقود البشر وتصرفاتهم ليست كلها بمرتبة واحدة، فمنها صحيح لا شك في إثباته، لأنه مستوف للأركان والشروط، وبعضها لا شك في بطلانه أو فساده ، لفقدانها أحد أركانها أو شروطها ، إلا أن بين هذين المصطلحين تصرفاً ربما يلحق بعقد تم التلفظ به، وبين عقد آخر هو المقصود من اللفظ، وهذا ما يسمى بتحول العقد. وهو مدار بحثي.

وتحول العقد هو نظرية قديمة قدم الفقه نفسه، فقد بحثه الفقهاء قديماً ، في جميع أبواب الفقه، مما أبرز معالمه في جميع عقود المعاوضات المالية.فمثلاً معظم المصادر القديمة التي بحثت القواعد الفقهية، نجد مسألة التحول في العقود جلية فيها وخاصة في قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .وأيضاً ذكرت في باقي كتب الفقه الإسلامي القديمة والحديثة، ولكن بطريقة غير مباشرة.سأمثل لذلك لاحقا.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقد حاول الفقهاء من خلال جزئياته إرساء أسس وقواعد لتحول الأحكام، لمو اجهة الاختلال الذي قد يحصل من عدم تنفيذ الالتزامات أو تغير المقصود لأي من المتعاقدين، إلا أن هذا الموضوع لا يزال يحتاج إلى كثير من البحث والدراسة والنظر في الفروع والمسائل ومقارنتها بين أقوال العلماء.

ونظراً لكون عقود المعاوضات المالية كثيرة، فقد خصصت هذا البحث لأهم عقود المعاوضات المالية ومدى تحول الأحكام فيها، في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني.

**الهدف من هذه الدراسة:**

إن الهدف من هذا البحث:

١. الاطلاع الواسع والإثراء العلمي في الدراسات الفقهية للقضايا المعاصرة والمستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية.

٢. إلقاء الضوء على عقود المعاوضات المالية، ومدى تحول الأحكام فيها، حتى يكون كل من المتعاقدين على بصيرة من مقصود كل تصرف صدر عنهما، منعاً للجهالة والغرر الذي قد يحصل نتيجة عدم فهم كل من المتعاقدين مقصود الآخر، وفي نفس الوقت عدم تجاوز كلا المتعاقدين الحدود المسمو ح بها، حرصاً أن يأتي التصرف موافقاً لمقصود الشرع، ومقصود المتعاقدين، ومحققاً للمصلحة ورافعاً عنهما الغبن والضرر.

٣. إيجاد بيان واضح لمفهوم التحول في عقود المعاوضات المالية، وذلك لتسهيل مهمة الباحثين والفقهاء، وفتح الباب أمام الدراسات اللاحقة لاستكمال باقي عقود المعاوضات المالية.

٤. إثراء المكتبة بموضوع خاص وجديد في أحكام التحول في الفقه الإسلامي، من خلال جمع شتات هذا الموضوع وأحكامه في الماضي والحاضر.

**سبب اختيار الدراسة:**

١. لقد دعتني أسباب عدة في تجلية أحكام هذا الموضوع، إذ أن أحكامه متفرقة في عدة أبواب وفصول، فجمع هذه الأحكام و لم شتاتها في بحث مستقل ييسر على الباحث والقارئ الرجوع إليها في وقت يسير، ويجعلها دانية القطوف مذللة الصعاب، منتظمة في مسلك واحد.

٢. مع مسيس الحاجة لبحث هذا الموضوع، فلم أجد — في حد علمي واطلاعي القاصرين– بحثاً مستقلاً طرق جميع جزئيات هذا البحث، لا من جهة الفقه ولا من جهة القانون، بل وجدت مباحثه مبثوثة



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومنتشرة في بطون الكتب قديمًا وحديثاً، وبشكل جزئي، مما يحتاج الأمر فيه إلى جمع صور ما هو منتشر، وبيان الحكم الشرعي فيه.

**أهمية الدراسة:**

تتجلى أهمية هذا البحث فيما يلي:

١. تثبت أهمية هذا البحث من خلال معرفة الشروط والألفاظ التي تميز العقود بعضها عن بعض، وأن الألفاظ ليست وحدها من تحدد المقصود من اللفظ في العقد، وإنما المعتبر هي المقاصد والمعاني عملاً بالقاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

٢. الخروج بمفهوم واضح لتحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية، من خلال عرض عدد من عقود المعاوضات المالية، ودراستها دراسة مستفيضة، وبيان مدى تحول الأحكام فيها، والخروج بتقنين يكتسب أهمية في ظل الأنظمة التي تسعى دائماً إلى التقليل من حالات بطلان العقد أو فساده.

٣. دراسة تطبيقية لأهم عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي ومدى تحول الأحكام فيها.

٤. إن هذا الموضوع يكتب في وقت كثرت فيه العقود وبرزت ، وظهرت فيه عقود جديدة لم تكن موجودة في الماضي، مثل عقد المقاولة وعقد التوريد.

٥. كما أن بحث هذا الموضوع يسد ثغرة في الاختلاف الذي قد يحصل بين المتعاقدين نتيجة عدم فهم مقصود كل منهما للآخر، لأن أحدهما قد يصدر عنه ما يشعر أنه يريد عقداً ما، ويكون قد قصد عقداً آخر خلافاً للفظ الذي صدر عنه.

٦. بيان مدى تطبيق الفقه الإسلامي لنظرية التحول في العقد، ومقارنتها بالقانون المدني الأردني.

**الدراسات السابقة:**

عند الرجوع إلى المصادر الأصلية في الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء قديماً قد تطرقوا إلى هذا الموضوع بشكل عام وغير مباشر، من خلال ما بينوه من تحول الأحكام في العقود.

فأصول البحث ومنطلقاته الرئيسة موجودة في كتب الفقه القديمة المختلفة، ولكنها متفرقة ومبثوثة في مواطن كثيرة في أبواب الفقه المختلفة.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما الدراسات الحديثة المتعلقة بهذا الموضوع فقد وجدت ثلاث دراسات أمكن الاستفادة منها:

١. التحول وأثره في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، ، لعبد القادر بن سليمان الحفظي، سنة ١٤١٥هـ، من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، وهي دراسة عامة ومختصرة لأقسام الفقه الإسلامي ، مع عرضه باباً للتحول في العقود.

٢. التحول في العقد: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية ، لحمد فخري عزام، وهذه الدراسة بحثت موضوع تحول العقد بشكل عام في صفته وموضوعه، من حيث انتهاء العقد ولزومه ونفاذه والضمان.

٣. تحول العقد: دراسة مقارنة، لصاحب عبيد الفتلاوي، وهو كتاب مطبوع، وهذه الدراسة بحثت موضوع تحول العقد قانونيا ولم يبحثه فقهياً فكانت دراسة عامة لموضوع تحول العقد.

وأما ما يميز هذا البحث عن غيره: هو عرضه لعدد من عقود المعاوضات المالية الأكثر انتشاراً في عصرنا الحاضر، ودراستها دراسة مستفيضة، وبيان مدى تحول الأحكام فيها في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالقانون المدني الأردني، والوقوف على نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، بالإضافةإلى عرض مدخل لمفهوم التحول في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

**منهجية الدراسة:**

يتركز المنهج الذي سأسير عليه –بإذن الله– في إعداد هذا البحث على الأسس الآتية:

١. المنهج الاستقرائي والمنهج الاستنباطي والمنهج الوصفي، من خلال استقراء أقوال العلماء قديماً وحديثاً.

٢. أتصور المسألة المراد بحثها تصورًا دقيقاً قبل بيان حكمها، وذلك من خلال الإطلاع على كل ما يتعلق بالمسألة واستيعابها وفهمها، ثم الكتابة فيها وبيان مقصودها.

٣. إذا كانت المسألة من مسائل الاتفاق، فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٤. وإذا كانت المسألة من مسائل الاختلاف، فأبين محل الخلاف، ثم أذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

٥. الاقتصار على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة ( حنفية، ومالكية، وشافعية وحنبلية ) مع العناية بذكر ما يتسنى الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح.

٦. توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

٧. استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الدلالة منها، وذكر ما يرد عليها من مناقشات.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٨. الترجيح بين الأقوال مع بيان السبب قدر الإمكان.

٩. الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.دون إغفال المراجع الحديثة.

١٠. مقارنة مسائل التحول في الفقه مع القانون المدني الأردني وبيان مدى التقارب والتباعد بين الفقه والقانون في قضايا البحث.

١١. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

١٢. ترقيم الآيات، وبيان سورها.

١٣. تخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مصادرها الأصلية.

١٤. تخريج الآثار من مصادرها الأصلية –ما تيسر لي ذلك–.

١٥. التعريف بالمصطلحات، وشرح الغريب، معتمداً في توثيق ذلك على كتب الفقه وكتب اللغة المعتمدة.

١٦. العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.

١٧. الترجمة للأعلام غير المشهورين.

١٨. وقد ختمت دراستي ببيان لأهم النتائج التي توصلت إليها في الرسالة وذلك على شكل نقاط ، وإعطاء فكرة واضحة عما تضمنه البحث.

ولا يسعني إلا أن أقول: هذا جهد من هو معرض للخطأ والصواب، فقد بذلت الجهد والوسع من أجل إخراج هذا البحث على أحسن وجه، فإن كنت أحسنت فمن الله، وإن أخطأت فمني ومن الشيطان.

والحمد لله رب العالمين.

الباحث

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**ملخص الدراسة:**

## تحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية

## " دارسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني الأردني"


مقدمة من الطالب: محمد فوزي عبد الله الحادر

بإشراف الأستاذ الدكتور: محمود إبراهيم الخطيب



تناولت هذه الرسالة تحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية، دراسة تطبيقية لأهم عقود المعاوضات المالية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها مع القانون المدني الأردني.

في البداية: التمهيدي، وهو مدخل إلى تحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية، مشتملاً على ثلاثة مباحث: المبحث الأول: مفهوم التحول في اللغة الاصطلاح، وموقف الفقهاء من التحول ومقارنته بالقانون المدني الأردني، والقواعد الفقهية التي يستدل بها على التحول.

المبحث الثاني: مفهوم العقد: ويشمل معنى العقد في اللغةو الاصطلاح وأركان العقد، وتقسيماته والفرق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات.

المبحث الثالث: تناول مفهوم المعاوضة وأقسامها والفرق بين عقود المعاوضات المالية وعقود المعاوضات غير المالية

الباب الثاني:عقود التمليك: ويشمل خمسة فصول:

الفصل الأول: عقد البيع: ويشمل سبعة مباحث، تضمنت مفهوم البيع لغة واصطلاحاً، وأركان عقد البيع، وأوصافه، ومدى تحول الأحكام فيه.

الفصل الثاني: عقد الإجارة: وقد قسمته إلى ثمانية مباحث، اشتملت على مفهوم الإجارة لغة واصطلاحاً، ومشروعيته وأركانه وأوصافه، وعلاقة عقد الإجارة بغيره من العقود، نحو الإعارة والجعالة والبيع، ومدى تحول الأحكام فيه.

الفصل الثالث: عقد المضاربة، وقد اشتمل على ستة مباحث، وقد تناولت فيه مفهوم المضاربة وموقف القانون المدني الأردني من المضاربة ومشروعيتها وأركانها، ومدى تحول الأحكام في عقد المضاربة وآثاره.

الفصل الرابع: عقد الهبة، ويشمل أربعة مباحث: تتضمن مفهوم عقد الهبة وأركانها وموقف القانون المدني الأردني من الهبة، ومدى تحول الأحكام في عقد الهبة مقارنة بالقانون المدني.




All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الخامس: عقد السلم: ويشمل سبعة مباحث، وتتضمن مفهوم عقد السلم ومشروعيته وأوصافه وأركانه ومدى تحول السلم إلى عقود أخرى.

الباب الثالث: عقود العمل: ويشمل ثلاثة فصول.

الفصل الأول: عقد الاستصناع: وقد قسمته إلى تسعة مباحث، شملت مفهوم الاستصناع ومشروعيته وحكمة مشروعيته وعلاقة الاستصناع بغيره من العقود ومدى تحول الأحكام فيه مقارنة بالقانون المدني الأردني

الفصل الثاني: عقد المقاولة: ويتضمن أربعة مباحث: شملت مفهوم المقاولة ومشروعيتها وتكييف عقد المقاولة، وتميزها عن غيرها من العقود ومدى تحولها مقارنة بالقانون المدني الأردني.

الفصل الثالث: عقد التوريد: ويشمل ستة مباحث: من أهمها: مفهوم التوريد وأوصافه والطريقة التي يتم بها، والتكييف الفقهي له، ومدى تحول الأحكام فيه، مقارنة بالقانون المدني الأردني.

وفي النهاية خلصت إلى خاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها.

الباحث : محمد الحادر



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# تمهيدي: مدخل إلى تحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية

ويتضمن:

**المبحث الأول:مفهوم التحول**

**المبحث الثاني: مفهوم العقد**

**المبجث الثالث: مفهوم المعاوضة**

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

من الواجب علينا قبل أن نخوض في هذا البحث أن نعرف المقصود بموضوع التحول، والوقوف على حقيقته، وموقف الفقهاء المسلمين من التحول، وشروطه، ومقارنته بالقانون المدني الأردني.

## المبحث الأول:معنى التحول

### المطلب الأول: التحول في اللغة

للتحول معان عديدة أذكر منها:

التحول هو الانتقال من موضع إلى موضع آخر، فقد جاء في لسان العرب أن التحول مأخوذ من: حال الشيء حولاً ومحولاً وأحال وفي الحديث " **من أحال دخل الجنة**[1] يريد من أسلم لأنه تحول من الكفر عما كان يعبد إلى الإسلام ، وقال الأزهري حال الشخص يحول إذن تحول ، وكذلك كل متحول عن حاله .[2]وجاء في القاموس المحيط تحول عنه : "أي زال إلى غيره ، وفيه قوله تعالى: "⌘⍓🕔✂⍉✍♋⇦✖♦▫♋❸&□✍ ••③♦⌨⬀⇔↗❑♌♦↖♦☸⬃&□✍ ○♋□◆♦☪"[3]كل ما تحول أو تغير من الاستواء إلى العوج فقد حال واستحال[4]

وقد جاء في تاج العروس " حولت الشيء نقلته من مكان لآخر " وجاء أيضا حولت الشيء فتحول وغيرته فتغير إما بالذات أو بالحكم أو بالقول "[5]

وفي معجم مقاييس اللغة ما نصه " الحاء والواو والميم واللام أصل واحد وهو تحرك في دور ، فالحول العام وذلك أنه يحول أي : يدور وحال الشخص يحول إذا تحرك[1]

---

[1] لم أجده في كتب الحديث والتخريج.

[2]-ابن منظور.**لسان العرب**. دار الحديث. القاهرة. ٢٠٠٣م .باب حول ٦٦٤/٦ أنظر أيضا: الجوهري. أبي نصر إسماعيل بن حماد.**الصحاح** .حقيق شهاب الدين أبو عمرو. دار الفكر. ط١. ١٩٩٨م. بيروت. ١٢٦١/٢.

[3]-**سورة الكهف**. آية ١٠٨

[4] الفيروز آبادي. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي. ت ٨١٧هـ . **القاموس المحيط**. رتبه حسان عبد المنان. بيت الأفكار الدولية. ٢٠٠٤م. باب التحول.ص٤٤٠

[5]- الزبيدي. محي الدين أبو الفيض ت ١٢٠٥هـ. **تاج العروس من جواهر القاموس**.٢٩٥/٧



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وجاء في المصباح المنير " واستحال الشيء : تغير عن طبعه ووصفه ، وحال يحول مثله وتحول عن مكانه: انتقل عنه ، وحولته تحويلاً : نقلته من موضع لآخر و"حول هو تحويلاً " يستعمل لازماً ومتعدياً " حوّلت " الرداء: نقلت كل طرف إلى موضع آخر[٢]

**ومما سبق يمكن استخلاص عدة معان للتحول منها :**

التغير ، الزوال ، التنقل من موضع إلى موضع ، التحرك في دور ، والحول العام وذلك لأنه يحول أي يدور .

## المطلب الثاني: التحول اصطلاحًا :

لم يذكر الفقهاء تعريفاً صريحاً لمصطلح التحول ولكنه موجود ضمناً بين ثنايا كتبهم، لأنه مصطلح من المصطلحات التي ظهرت حديثاً، فيطلق التحول ويراد به تغير الشيء ذاتاً وحقيقة ،أو صفة، أو انتقاله من مكان إلى مكان حقيقة أو حكماً ، وانقلاب حقيقة إلى حقيقة أخرى ، كتعريف الفقهاء للاستحالة بأنها " انقلاب حقيقة إلى حقيقة أخرى نحو خمر صار خلاً "[٣]

وجاء في الموسوعة الفقهية " ويقصد الفقهاء بالتحول ما يقصد به في اللغة "[٤]وفي معجم لغة الفقهاء ما نصه " التحول : الانتقال من حال إلى حال يقال : تحول عن مكانه إذا انتقل عنه إلى غيره، وفيه تحول الصدر عن القبلة : إدارته عن جهة القبلة يميناً أو يساراً ، وتحويل الرداء في الاستسقاء : لبسه على قفاه وبذلك يتحول يميناً ويساراً[٥]

كما يطلق كذلك على تغير الحالة والصفة كما في تحول المقيم إلى مسافر ، والمسافر إلى مقيم ، وكما في التحول في صفات الصلاة، كالتحول من القيام إلى القعود في الصلاة المفروضة للمريض .

ويطلق لفظ التحول ويراد به التنقل من موضع إلى موضع آخر حقيقةً، كما في التحول من دار إلى دار، وحكماً كما في تحول الدين من ذمة إلى ذمة، ويطلق أيضاً على تغيير الشخص دينه إلى دين آخر كما في الردة

---

[١] ابن فارس.أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي. **معجم مقاييس اللغة.دار إحياء التراث العربي.ط١. ٢٠٠١.ص**٢٧١.

[٢]- الفيومي.أحمد بن محمد بن علي المقري.ت٧٧٠هـ. **المصباح المنير** .المطبعة الكبرى الأميرية. بولاق. مصر. ط٢. ١٩٠٦م.**١**/١٨٩

[٣]- ابن عابدين.محمد أمين عمر. **رد المحتار على الدر المختار** . ٣١٦/١ . مطبعة الحلبي بمصر . ط٢. ١٣٨٦هـ.

[٤] **الموسوعة الفقهية الكويتية . وزارة الأوقاف الكويتية.**٢٧٨/١٠. مادة تحول.

[٥]-محمد رواس قلعجي. حامد صادق قتيبي .**معجم لغة الفقهاء.** طبعة دار النفائس .ص١٢٤ .



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثالث: موقف الفقهاء المسلمين من التحول

إن فكرة تحول العقد في الفقه الإسلامي موجودة قبل أن يخرجها لنا شراح القوانين الوضعية، وذلك أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا بالعقود وحرصوا على استثمارها بقدر المستطاع في الحدود التي لا تخالف أحكام وقواعد الشرع، ومن هنا جاء كثير من القواعد الفقهية التي تؤكد هذا الوجود، مثل قاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وقاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله، وتؤكد هاتان القاعدتان أن العبرة في العقود والتصرفات لما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، وأن الآثار الشرعية المترتبة تكون على وفق ما قصده المتعاقدان، حتى لو كانت الألفاظ التي استعملها المتعاقدان مخالفة لمقصده م[1]، ونجد هذا واضحًا في كلام ابن رجب الحنبلي[2] في قواعده فذكر ما نصه: " فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضعها فهل يفسد العقد بذلك ويجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه، فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى ..... "[3]ويقدم عبد الرزاق السنهوري لنا تطبيقات حيّة لموضوع التحول في الفقه الإسلامي منها : " إذا قصد العاقدان إبرام عقد معين و لم يصح، جاز في بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقدٍ آخر، من ذلك أن يشترط في عقد الكفالة براءة الأصيل فتتحول الكفالة إلى حوالة، ومن ذلك أيضاًأن يشترط في عقد الحوالة عدم براءة المحيل، فتتحول الحوالة إلى كفالة "[4]

---

[1] حيدر . علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل.١/٦٠.

[2] **ابن رجب الحنبلي** :(٧٣٦ - ٧٩٥ هـــ = ١٣٣٥ - ١٣٩٣ م) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، أبو الفرج، زين الدين: حافظ للحديث، من العلماء. ولد في بغداد ونشأ وتوفي في دمشق. من كتبه (شرح جامع الترمذي) و (جامع العلوم والحكم) في الحديث، وهو المعروف بشرح الاربعين،و(فضائل الشام و(الاستخراج لاحكام الخراج) و(القواعد الفقهية) و (لطائف المعارف) و (فتح الباري، شرح صحيح البخاري) لم يتمه، و (ذيل طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى) جزآن، و (الاقتباس من مشكاة وصية النبي صلى الله عليه وسلم لابن عباس) و (أهوال القبور ) و (كشف الكربة في وصف حال أهل الغربة) رسالة في شرح حديث (بدأ الإسلام غريبا) و (التوحيد) و (رسالة في معنى العلم) . انظر:الزركلي. **الاعلام**،٣/٢٩٥.

[3]- الحنبلي . الحافظ أبي فرج عبد الرحمن بن رجب . **القواعد في الفقه الإسلامي** .مطبعة دار الكتب العلمية. القاعدة رقم ٣٨ ص٤٨.

[4]السنهوري.عبد الرزاق احمد.**مصادر الحق في الفقه الإسلامي** .دراسة مقارنة بالفقه الغربي.محل العقد ١٩٦٧م .ط٣ . ٤/٢٦٩ومابعدهما.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هذا ولا يقضى ببطلان العقد إذا توافر فيه أركان عقد آخر وظهر أن نية المتعاقدان كانت تنصرف إلى إنشاء هذا العقد الآخر، وفي رأي للسنهوري أنه قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الذي عرضه القانون الألماني، ولكنه مع ذلك لم يخل من بعض التطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول[1]

## المطلب الرابع: شروط التحول في الفقه الإسلامي

يجب توافر شوط معينة لكي يتحول العقد وهي :

١ - انتهاء العقد الأول ، سواء أكان انتهاؤه بفسخ أ و فساد أو بطلان، لأن العقد إذا لم ينته وبقي على صحته فإن الواجب الوفاء به لا تحويله إلى عقد آخر عملاً بقاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز[٢] .

٢ - أن يتضمن العقد المنتهي في آثاره المترتبة عليه مقومات العقد الجديد المتحول إليه .

٣ - أن يكون العقد المتحول إليه مشروعاً بأصله، وهذا يعني عدم جواز التحول إلى العقود الباطلة، لأن الباطل غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، ولأنه لا يترتب عليه أي أثر من الآثار الشرعية للعقود، وهذا يقتضي أن يكون العقد المتحول إليه هو عقد صحيح أو فاسد[٣]، لأن الفاسد بالرغم من فساده تترتب عليه بعض الآثار، على خلاف الباطل الذي لا يكون له أي أثر، وهذه الآثار مقصودة من تحويل العقد إليه، فعند فساد المضاربة مثلا فإن العقد قد تحول إلى إيجار، وذلك لأن الأجر فيها غير محدد، لذا كان الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل، وكان هو المراد تحديده عند انتهاء العقد الأول وهو المضاربة[٤]

## المطلب الخامس: موقف القانون من التحول

لا يختلف المقصود بتحول العقد في القانون المدني الأردني عنه في الفقه الإسلامي، بل كلام شراح القوانين هو تقعيد لما ذكره علماء الفقه الإسلامي، وجمع لأحكامه وحصر لفروعه على شكل نظرية أو على هيئة نصوص قانونية آمرة، كما في كثير من القوانين

---

[١]- السنهوري .**مصادر الحق في الفقه الإسلامي. مرجع سابق.** ٢٦٩/٤

[٢] شبير. محمد عثمان. **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**. دار الفرقان. ط١. ٢٠٠٠م.ص٢٨٥.

[٣] سيأتي لاحقاً بيان التفريق بين الصحيح والفساد في العقد

[٤] عزام. حمد فخري حمد .**التحول في العقد.** "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني .رسالة دكتوراه . الجامعة الأردنية . ٢٠٠٠م.ص٣٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الوضعية العربية والغربية- اللاحق ذكرها- فشراح القوانين حينما يتكلمون عن تحول العقد، يقصدون بذلك أن العقد الذي حكم ببطلانه إذا كان مشتملاً على عناصر عقد صحيح، واتجهت إرادة المتعاقدين إلى تطبيق العقد الصحيح، فإن العقد الباطل الأصلي يتحول إلى عقد صحيح جديد، وبناءً عليه تطبق على العقد أحكام العقد الجديد وتترتب عليه آثاره الشرعية.

فمن الجدير بالذكر أن نبين أن نظرية تحول العقد واضحة وجلية في عدد من القوانين العربية والأجنبية.

فقد نصت المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري والليبي، والمادة ١٤٥ من القانون المدني السوري، والمادة ١٤٠ من القانون التجاري الكويتي، والمادة ١٣٠ من القانون المدني السوداني، على أنه: " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.[١]ونصت المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي على هذا الحكم، بالنسبة إلى العقد الباطل فحسب، فقالت أنه: " إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد[٢]

ونظرية تحول العقد، عرفها القانونالألماني في القرن الماضي، فأخذ القانون المدني الألماني في المادة ١٤٠، ومن هذا النص استقى المشرع في التقنينات العربية المذكورة تلك النظرية، حيث قررها كمبدأ عام.

وفحوى هذه النظرية، أنه إذا اشتمل التصرف الباطل على عناصر تصرف آخر صحيح، فإن هذا التصرف الآخر يؤخذ به، أي أن التصرف الباطل يتحول إلى هذا التصرف الآخر الصحيح، وذلك إذا أمكن افتراض أن المتعاقدين كانا يريدان هذا التصرف الآخر لو أنهما علما ببطلان التصرف الأول[٣]

---

[١] الصده. عبد المنعم فرج. **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**. دار النهضة العربية. بيروت. ١٩٧٤. ص٤٤٦.

[٢] الصده. عبد المنعم فرج. **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية** . ص٤٤٦.

[٣] **القانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية .ج٢.مصادر الالتزام**. مطبعة دار الكتاب العربي. ص٢٦٢. السنهوري عبد الرزاق.**نظرية العقد** .دار الفكر للطباعة والنشر. ص٦٣٤. المظفر. محمود. **نظرية العقد**. دارسة قانونية مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية . دار حافظ. جدة. ٢٠٠٢م. عبد المجيد الحكيم . **الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي**. ج١ **مصادر الالتزام** ١٩٨٠م .ص١٢٧. مقابلة .علاء الدين محمد علي . **تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** .رسالة ماجستير جامعة آل البيت. ٢٠٠٤م.ص٤٦



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومن الأمثلة على ذلك،عقد البيع بثمن تافه، ويكون مكتوباً في ورقة رسمية فالبيع باطل لتفاهة الثمن ، ولكن هذا البيع بثمن تافه يتضمن عناصر الهبة ففيه الإيجاب والقبول وفيه التبرع والرسمية، لذلك يتحول البيع الباطل إلى هبة صحيحة[1]

فهذه المادة تقرر قيود الحكم الذي أسسته نظرية تحول العقد، ومفادها أن العقد إذا وقع باطلاً ولكن توافرت فيه عناصر عقد آخر فإنه يتحول إلى هذا العقد، ولو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصداه، وبعبارة أخرى ينقلب عقداً صحيحاً لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان بل من النوع الذي توافرت فيه عناصره .

## المطلب السادس: موقف القانون المدني الأردني من التحول:

إن القانون المدني الأردني لم يورد في نصوصه مادة خاصة بتحول العقد، كما فعلت بعض القوانين المدنية العربية الأخرى [2] ولكن هذا لا يعني عدم أخذه بتحول العقد في نصوصه، والذي يؤكد هذا الكلام وجود الكثير من النصوص الدالة على تحول العقد في القانون المدني الأردني نذكر منها[3]

١ -نصت المادة ٩٥٨ "الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة[4][5]

---

[1] السنهوري .**نظرية العقد** . مصدر سابق. ص٦٣٤-٦٣٥.

[2] فقد نصت المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري والليبي. والمادة ١٤٥ من القانون المدني السوري. والمادة ١٤٠ من القانون التجاري الكويتي. والمادة ١٣٠ من القانون المدني السوداني. على أنه: " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال. وتوفرت فيه أركان عقد آخر. فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد." انظر: الصده. عبد المنعم فرج. **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية.** ص٤٤٦.

[3] عزام.**التحول في العقد**.مصدر سابق .ص٢٩.

[4] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني.** رقم(٤٣) لسنة ١٩٧٦م. إعداد مصطفى محمود فراج . دار الثقافة . ٢٠١٠م. ص٢٤٦ .نقابة المحاميين الأردنيين. **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** .٦٢٦/٢.

[5] **الكفالة** :هي التزام حق ثابت في ذمة غيره، أو إحضار من عليه حق لغيره، أو غين مضمونه، البغا، مصطفى، وغيره من العلماء، الفه المنهجي، دار القام، ط٣،٢٩٣/٣.

**والحوالة** :هي نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . انظر كتاب **الاختيار لتعليل المحتار**.عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي .دار المعرفة. بيروت. لبنان٣/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

قال الشيخ مصطفى الزرقا: " الكفالة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول ، انقلبت حوالة، وأخذت أحكامها،لأنها تصبح في معناها، وكذا الحوالة بعد انعقادها إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلاً من المدين المحيل والشخص المحال عليه انقلبت كفالة " [1]وواضح من معنى قوله " انقلبت " أي تحولت من الحوالة إلى كفالة ، أو من الكفالة إلى حوالة .

٢ - نصت المادة ( ٧٣٥ ) ما يلي : إذا فسخ عقد المزارعة، أو تبين بطلانه أو قضي بإبطاله، كان جميع المحصول لصاحب البذر، فإن كان الآخر هو المزارع استحق مثل عمله، وإذا كان هو رب الأرض استحق أجر مثل الأرض[2].

أي في حال فساد عقد المزارعة أو بطلانه أو قضاء المحكمة بإلغائه، وقد شرع المتعاقدان فيه، كان المحصول كله لصاحب البذر، لانتهاء عقد المزارعة، واستحق الطرف الثاني ما يلي :

أ -إن كان مزارعاً استحق هذا المزارع أجر مثله.

ب - -إن كان صاحب الأرض استحق مثل أجر أرضه [3].

وأجر المثل لا يكون إلا في الإيجارات ،وهذا يعني أن عقد المزارعة بعد انتهائه هنا قد تحول إلى عقد إجارة.

٣ -ونصت المادة (١٧٥) على ما يلي:

أ -إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره،واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ب - إذا رفضت الإجازة بطل التصرف [4].

فنصت هذه المادة على تحول العقد من التوقف إلى النفاذ.

---

[1] الزرقا.مصطفى.**المدخل الفقهي العام**. ٩٦٦/٢ .ف٥٧٣.

[2] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. رقم(٤٣) لسنة ١٩٧٦م. إعداد مصطفى محمود فراج . دار الثقافة . ٢٠١٠م .ص١٨٨ .نقابة المحاميين الأردنيين. **المذكرات الإيضاحية**. مصدر سابق ٥٦٩/٢.

[3] عزام. **التحول في العقد**.مصدر سابق ص٣١.

[4] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. رقم(٤٣) لسنة ١٩٧٦م. إعداد مصطفى محمود فراج . دار الثقافة . ٢٠١٠م. ص٥٤. **المذكرات الإيضاحية**.للقانون المدني الأردني.١٩٨/١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤ -ونصت المادة (١٧٩) على ما يلي:

أ لصاحب خيار الشرط الحق في فسخ العقد أو الإجازة.

ب-فإن اختار الإجازة لزم العقد مستندًا إلى وقت نشوئه.

ج-وإن اختار الفسخ، انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن[١].

أعطيت هذه المادة صاحب خيار الشرط الحق في إمضاء العقد أو فسخه ، فإن أجازه تحول العقد في حقه إلى عقد لازم بعد أن كان غير لازم بسبب خيار الشرط.

٥ -ونصت المادة (١٩٠)على ما يلي:"يكون العقد غير لازم متى تم إعمال الخيار، فإذا تم الخيار صراحةً أو دلالةً أصبح العقد لازماً فيما تم فيه" [٢]أي أن الخيار منع من لزوم العقد فإذا ما وجدت الموافقة من صاحب الخيار صراحةً أو دلالةً تحول العقد إلى لازم.

فمن خلال ما سبق يتبين أن القانون المدني الأردني لم ينص نصاً صريحاً على مسألة التحول، ولكنه قد دل في كثير من مواده على مسألة التحول.فهذه بعض المواد الدالة على وجود التحول في القانون المدني الأردني وإن لم يوجد نص خاص به.

## المطلب السابع: شروط تحول العقد في القانون:

**يشترط القانون لتحول التصرف الباطل إلى آخر صحيح ثلاثة شروط كما يأتي :**

١ أن يكون العقد الأصلي باطلاً، فإذا كان صحيحاً يثبت غير متحول، فيجب أولاً أن يوجد عقد أصلي باطل، فلو كان العقد الأصلي صحيحاً ولكنه تضمن عناصر تصرف أخرى كان المتعاقدان يفضلانه على العقد الأول فلا يتحول العقد الأصلي ما دام صحيحاً، إذ لا يتحول إلا العقد الباطل[٣]

---

[١] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق .ص٥٥.نقابة المحاميين الأردنيين. **المذكرات الإيضاحية** .لقانون المدني الأردني.١/٢٠٤.

[٢] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. القانون المدني الأردني. مرجع سابق .ص٥٧.**المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**. ٢١٦/١.

[٣] الصده. عبد المنعم فرج. **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية** .مرجع سابق ص٤٤٨.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢ لمن يتضمن العقد الباطل عناصر العقد الجديد الذي يقوم مقام الأصل، ففي الأمثلة التي قدمناها نجد أن العقد الأصلي بالرغ من بطلانه يجمع العناصر اللازمة لتكوين عقد آخر، كما في البيع ذي الثمن التافه المكتوب في ورقة رسمية فقد جمع فيه التبرع والأهلية له والرسمية، وهذه هي عناصر الهبة، أما إذا لم يتضمن العقد الباطل جميع عناصر العقد الآخر فلا يجوز التحول[1]

٣ لمن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت نصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد، لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان وهذا هو الشرط الرئيسي لتحول العقد الباطل، إذ يجب أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الجديد . ومقتضى هذا الشرط هو أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الآخر، في حالة بطلان العقد الأصلي أو كونه قابلاً للإبطان، فالمتعاقدين بالأصل أرادا العقد الأصلي، ولكن عند علمهم ببطلان هذا العقد، اتجهت نيتهم إلى قبول عقد جديد يقع ضمن الشروط المتفق عليها .

فإذا كان هناك طريق صحيح يؤدي إلى نفس الغاية العملية، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح، ولو علما ببطلان الطريق القانوني الذي احتاراه مادام يؤدي إلى الغاية العملية التي قصد اها، فالعبرة في الغاية العملية لا بالإرادة القانونية[2]

## المطلب الثامن: مقارنة بين شروط التحول في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية

١ بالنسبة لشروط التحول – الشرط الأول والثاني السالف ذكرهما – نجد تشابها بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية .

٢ يجيز الفقه الإسلامي التحول إلى العقد الفاسد ، لأن العقد الفاسد هو بأصله عقد صحيح ولكن اختل شرط خ ارج عن ماهيته، فإذا صحح هذا الشرط عاد التصرف صحيحاً ، وهذا يمنعه القانون فيجب أن يكون العقد المتحول إليه صحيحاً.

٣ يرد القانون الوضعي التحول إلى اختيار المتعاقدين، أي أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد، بالإضافة إلى وجوب حكم القاضي فيه، بينما التحول في الفقه الإسلامي إجباري لأنه من آثار العقد [1].

---

[1] مقابلة.**تفسير العقد في القانون المدني الأردني**. مرجع سابق ص٤٦ .الجبوري. ياسين محمد. **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني**. دار وائل . طبعة ٢٠٠٢م. عمان الأردن .ج٢ /م١/ص١٢٦

[2] انظر : الجبوري .ياسين محمد .**المبسوط في شرح القانون المدني الأردني** .دار وائل. طبعة ٢٠٠٢م .عمان الأردن . ج٢ /م١/ص١٢٦. السنهوري .**الوسيط**. ص٤٩٨.سليمان مرقس .**الوافي** .ص٤٦٣ .عبد المنعم فرج الصده .**نظرية العقد**. ص٤٥. مقابلة علاء الدين .**تفسير العقد في القانون المدني الأردني**. ص٤٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي النهاية تتلخص نظرية تحول العقد كما قال السنهوري في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر صحيح، ويتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان، وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً.

## المطلب التاسع: القواعد الفقهية التي يستدل بها على تحول العقد

ويتأكد إعمال الفقهاء لفكرة تحول العقد، من خلال عدد من القواعد الفقهية الدالة بوضوح عليها، أذكر منها ما يلي:

### ١ - قاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[٢].

ويفهم من هذه القاعدة أنه عند حصول العقد لا يُنظر للألفاظ التي يستعملها المتعاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يُتلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني، ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ[٣].

وذكر ابن القيم أن للألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين ونياتهم وإرادتهم لمعانيها ثلاثة أقسام:

١. أن تظهر مطابقة القصد للفظ، وللظهور مراتب تنتهي إلى اليقين والقطع بمراد المتكلم بحسب الكلام في نفسه وما يقترن به من القرائن الحالية واللفظية وحال المتكلم به وغير ذلك، كما إذا سمع العاقل والعارف في اللغة قول الرجل لزوجته: " أنت طالق" فإنها لا يستراب ولا يشك في مراد المتكلم أنه يريد الطلاق. وليس من الممكن وجود عبارة أوضح ولا أدق نصاً من هذه.

٢. ما يظهر بأن المتكلم لم يرد معناه، وقد ينتهي هذا الظهور إلى حد اليقين بحيث لا يشك السامع فيه.

---

(١) عزام .**التحول في العقد**.مصدر سابق. ص٣٧.

(٢) الزركشي.بدر الدين بن محمد بهادر. **المنثور في القواعد الفقهية**.وزارة الأوقاف الكويتية. ٣٠/٢. وقد نص **القانون المدني الأردني** في المادة ٢١٤ على أن " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي. أنظر: موسوعة التشريعات والإجتهادات القضائية، القانون المدني الأردني رقم_٤٣) لسنة ١٩٧٦، إعداد مصطفى محمود فراج. ص٦٣

(٣) حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل. ٢١/١. الزركشي.بدر الدين بن محمد بهادر. **المنثور في القواعد الفقهية** .وزارة الأوقاف الكويتية. ٣٠/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ما هو ظاهر في معناه ويحتمل إرادة المتكلم له، ويحتمل إرادته غيره، ولا دلالة على واحد من الأمرين، واللفظ دال على المعنى الموضوع له، وقد أتى به اختياراً.[١]

فيكون المعنى الإجمالي للقاعدة كما يلي :إن أحكام المعاملات تبنى على مقاصدها وأغراضها، لا على ظاهر ألفاظها في صيغة العقد (الإيجاب والقبول) لان المقاصد هي حقائق المعاملات وقوامها،وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له، و ينبني الحكم عليه، ولكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية، لان الألفاظ قوالب المعاني والمعبرة عنها، فتراعى أولاً الألفاظ بما تحمل من معاني ظاهرة، فإذا ظهرت مقاصد تعارضها وتعذر الجمع بينها وبين الألفاظ، فتقدم المقاصد على الألفاظ ،وتعرف المقاصد من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من القرائن. [٢]

فالحكم الذي يكسبه العقد ليس هو مجرد اللفظ الذي يتلفظ به العاقدان فقط عند انعقاد العقد، بل ينظر إلى المعنى الحقيقي الذي قصداه ، فهو المقصود الحقيقي لإرادة المتعاقدين .

ومع وجود قرائن في العقد تدل على اكتسابه حكم عقد آخر غير اللفظ المستعمل في ذلك العقد وقت انعقاده تجعله ينعقد على المعنى الحقيقي الذي قصده العاقدان مباشرة، دون المعنى الملفوظ [٣].

### ٢.قاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله، وإذا تعذر إعمال الكلام يهمل[٤]:

ومعنى هذه القاعدة أنه لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي له أو معنى مجازي[٥]، لأنه لما كان إهمال الكلام إنما هو اعتباره لغواً وعبثاً، والعقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه، فحمل كلام العاقل على الصحة

---

[١] ابن قيم الجوزية. **أعلام الموقعين عن رب العالمين**. دار الكتب العلمية. ٣/٨٨-٨٩. السيوطي. عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد. **الأشباه والنظائر**.دار الكتب العلمية.ص١٦٧.

[٢] شبر.محمد عثمان. **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية** .دار الفرقان. ط١ . ٢٠٠٠ م. ص١٢٣.

[٣] الرملي.**نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الفكر. ٣/٣٨٥. الحموي. أحمد بن محمد. **غمز عيون البصائر**. دار الكتب العلمية.٢/٢٦٦.

[٤] هذا ما نصت عليه المادة ٢١٦ من **القانون المدني الأردني**. أنظر: موسوعة التشريعات والإجتهادات القضائية، القانون المدني الأردني رقم_٤٣) لسنة ١٩٧٦، إعداد مصطفى محمود فراج. ص٦٣

[٥] **الحقيقة**: هو استعمال الاسم لكل لفظ أريد به ما وضع له . **والمجاز**: هو استعمال الاسم لما أريد به غير ما وضع له وعلاقة المجاز من الحقيقة مثال القياس من النص. أنظر: الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي، **الفصول في الأصول**، وزارة الأوقاف الكويتية، ١/٣٦٠-٦٣١. البخاري، عبد العزيز أحمد بن محمد، **كشف الأسرار**، دار الكتاب الإسلامي، ١/٦١-٦٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واجب، هذا وبما أن الأصل في الكلام الحقيقة، فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجاز، لأن هذا خلف لذاك، والخلف لا يزاحم الأصل. على أنه سواء حمل الكلام على المعنى الحقيقي أم حمل على المعنى المجازي له فهو إعمال الكلام إلا أن اللفظ المراد إعماله إذا كان مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى.[1] وهذا ما نصت عليه المادة ٢١٦ من القانون المدني الأردني[2] .

فلا يجوز إهمال الكلام واعتباره دون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي، لان العاقل لا يتكلم باللغو والعبث، فكان جديرا أن يحمل كلامه على قدر الإمكان، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولا به من حقيقة ممكنة، وإلا فمجاز [3].

فيعمل كلام العاقل ما أمكن، صيانة لكلامه عن الإهمال، لأن الإهمال لغو، ويجب أن يصان كلام العاقل عن مثل ذلك ،والحمل هنا على أقرب وجه يمكن حمل الكلام عليه من الحقيقة، لأن الأصل في الكلام الحقيقة ،فان لم نتمكن من حمله على الحقيقة حمل على المجاز .

ولكن إذا تعذر كل ذلك فيهمل، ويعد لغوا من القول ولا يعتد به، ويرجع سبب الإهمال إلى أمرين:

١ - تعذر حمله على أحد أنواع التعذر الثلاثة :العادي أو العقلي أو الشرعي[4].

٢ - أن يكون اللفظ مشتركا بين معنيين أو أكثر ،ولم تقم قرينة على ترجيح أحد معانيه [5].

وفي التحول إعمال لكلام المتعاقدين ما أمكن، بدلاً من إهماله وفسخ العقد مطلقاً.

---

[1] حيدر علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**.مرجع سابق. ٥٩/١. الزرقا. المدخل الفقهي العام. ٩٤٩/٢.

[2] هذا ما نصت عليه المادة ٢١٦ من **القانون المدني الأردني**. أنظر: موسوعة التشريعات والإجتهادات القضائية، القانون المدني الأردني رقم_٤٣) لسنة ١٩٧٦، إعداد مصطفى محمود فراج. ص٦٣

[3] حيدر علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**.مرجع سابق. ٥٩/١ .الفتلاوي .صاحب عبيد. **تحول العقد**.دراسة مقارنة ط١. ١٩٩٦م .مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع.ص١٣.

[4] **التعذر العادي**: " العرفي" كمن حلف أن لا يأكل من هذه القدر، فإنه محال في العادة، فيحمل على المجاز، وهو الأكل مما في القدر. **والتعذر العقلي**: كأن يقول لمن هو أكبر منه سناً " أنت ابني" **والتعذر الشرعي**: مثل النكاح: فإنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، فإن قال رجل لأجنبية: إن نكحتك بألف دينار فلك شقة خاصة، فإنه يحمل على المعنى المجازي: وهو العقد دون العقد، لحرمة وطء الأجنبية، أما إن قال ذلك لزوجته، فإنه يحمل على المعنى الحقيقي. وهذا ما ذهب إليه الحنفية. أنظر: شبير: محمد عثمان. **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**، دار الفرقان، ط١، ٢٠٠٠م، ص٢٨١.

[5] ابن نجيم .زين العابدين بن إبراهيم .**الأشباه والنظائر** .مؤسسة الحلبي القاهرة. ١٩٩م .ص١٣٥.**مجلة الأحكام العدلية**. المادة ٦٢.ص٦١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فمن خلال ما سبق يتبين أن قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله تندرج إلى حدٍ كبير تحت مسألة تحول العقد، لأن المقصود من تحول العقد، هو إعمال الكلام ما أمكن، فما دام أنه لا يمكن الأخذ بالمعنى الظاهر الحقيقي للعقد، بسبب فقدان إحدى الشروط الواجب توافرها في هذا العقد، لكنه اندرج تحت عقد آخر ليس ظاهراً، فنأخذ بالمعنى المجازي.

ولزيادة في التوضيح: ففي عقد البيع مثلاً، لو قال رجل لآخر: بعتك هذه الدار بلا عوض.

فننظر ونقول: أن عقد البيع هو تمليك عين بعوض، فشرط عقد البيع أن يكون بعوض، وهذا هو المعنى الحقيقي للعقد، فإذا التزمنا بهذا اللفظ، حكمنا ببطلان العقد.

أما إذا بحثنا عن عقد آخر ضمني أو مجازي يشمل هذا اللفظ، تحول إلى عقد الهبة، لأنه تمليك عين بلا عوض، فالأولى إعماله، تطبيقاً لقاعدة إعمال الكلام إولى من إهماله، أي يتحول عقد البيع لتعذر تطبيقه إلى عقد هبة." سيأتي بيان ذلك في عقد الهبة".

## المبحث الثاني: مفهوم العقد

### المطلب الأول :معنى العقد لغة

للعقد معان كثيرة منها:

١ - الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة، وأصل العقد نقيض الحل، يقال :عقدت الحبل عقدًا،أي شددته وقويته،أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما، وأحكمته بالعقد عليهما، ولقد جعلت دلالة هذه المادة على الربط الحسي أساساً لاستعمالها،واستعملت أيضا في الربط المعنوي بين كلامين أو متعاقدين، كقولهم: عقدت البيع وعقدت العهد، واستعملت في كل ما يعقده العاقد، ويلازم نفسه ويربطها ،لذلك سمي اليمين عقداً ، ومنة قوله تعالى :"[illegible]"[1] [2]

---

[1] انظر: الفيروزبادي. محمد بن يعقوب. **القاموس المحيط.** ١١٨٥. ابن فارس .أحمد بن فارس .**معجم مقاييس اللغة.** ٦٥٤. الزبيدي .محمد مرتضى الحسيني. **تاج العروس من جواهر القاموس.** ط٣ .دراسة وتحقيق علي شيري. بيروت. دار الفكر. ١٩٩٤م.١١٥/٥. ابن منظور .محمد بن مكرم. **لسان العرب.**٣٥٣/٦ .مجمع اللغة العربية .**المعجم الوسيط.** ٦١٣/٢ .الفيومي. **المصباح المنير.**٥٠٢/٢. الجوهري. **الصحاح.** ٤٣٢/١.

[2] سورة المائدة .**آية ٨٩.**



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**٢ -** والعقد الضمان والالتزام:جمعه العقود وهو أوكد العهود ،عقدته أو عقدت عليه، فتأويله أنك ألزمته وذلك باستيثاق ،وتعاقد القوم :تعاهدوا ،وقوله تعالى :"③♦🕔❋🕯❒③⑩♑⊠🙣 ✂🙣✍⅄🔔♋⇦◻🙤
↗♦✂✌♦✡⇖❒☑✂☎ 🕮❒❒⬀◻➔❒✂☎ 🙰♋🙣🙣◉🙢⬂➔⇖◑➔❒⑩♋"[1].

وقد خاطب الله تعالى المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم ،والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين، والعقد نقيض الحل، عقده يعقده عقداً أو تعاقدً وعقده[2].

## المطلب الثاني: العقد اصطلاحاً:

لا يختلف مفهوم العقد في الاصطلاح الشرعي عن المفهوم اللغوي، بل هو في الواقع تقييد للمفهوم اللغوي، وحصر له وتخصيص لما فيه من عموم، وبالنظر لتعريفات الفقهاء نجد أنهم يطلقون العقد ويريدون به معنيين : معنى عام، وآخر خاص، وهذان المعنيان عرفا من استقراء كتب الفقه، فلم ينص الفقهاء عليهما بصراحة، ولكن هذين المعنيين لم يكونا بهذا التحديد الذي عرف فيما بعد. وفيما يلي بيان ذلك

### أولا:المعنى الخاص

هو الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ،كالإشارة والكتابة على وجه يترتب علية حكم شرعي، بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما . فهذا المعنى يتطلب وجود إرادتين عازمتين على إنشاء تصرف شرعي.

وهذا المعنى هو جوهر العقد عند فقهاء المسلمين، وهو المشهور في كلامهم وشواهد ذلك من أقوالهم كثيرة أذكر منها:

فالجرجاني عرف العقد بأنه :ربط أجزاء التصرفات بالإيجاب و القبول[3].

---

[1] سورة المائدة. **آية ١.**

[2] ابن منظور .**لسان العرب** .مرجع سابق . ٣٥٣/٦.

[3] الجرجاني .علي.**التعريفات** .ص١٣٣.مادة العقد .تحقيق مصطفى البابي الحلبي. ١٩٣٨م.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقدري باشا: عرف العقد بأنه: عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[1]فالعقد على هذا الإطلاق، يستوجب وجود طرفين له، لكل طرف منهما إرادة تتفق وتتوافق مع الطرف الآخر، لإحداث التزام متبادل بينهما، كالاستصناع والشركة والإجارة.

وقد عرفه البابرتي [2]:الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالأخر شرعً على وجه يظهر أثره في المحل[3].

و في البحر الرائق :بأن العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعً[4].

و عبد الناصر أبو البصل عرف العقد: بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع [5].

وقد ذكرت مجلة الأحكام العدلية في المادتين (١٠٤،١٠٣) ما نصه "أن العقد التزام المتعاقدين أمرًا وتعهدهما به، هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول" [6]

عرف مصطفى الزرقا العقد بقوله:هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[7].

---

[1] قدري باشا.**مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان**. المطبعة الأميرية.بولاق. ١٩٠٩.ط٣. مادة رقم: ٢٦٢.

[2] **البابرتي**: (٧١٤ - ٧٨٦ هـــ = ١٣١٤ - ١٣٨٤ م) محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جم ال الدين الرومي البابرتي: علامة بفقه الحنفية، عارف بالادب. نسبته إلى بابرتي (قرية من أعمال دجيل ببغداد) أو (بابرت) التابعة لارزن الروم - أرضروم - بتركيا. رحل إلى حلب ثم إلى القاهرة. وعرض عليه القضاء مرارا فامتنع. وتوفي بمصر. من كتبه (شرح تلخيص الجامع الكبير للخلاطي) فقه، و (العقيدة ) توحيد، و (العناية في شرح الهداية) فقه، و (شرح مشارق الانوار) و (التقرير) على أصول البزدوي، و (شرح وصية الإمام أبي حنيفة) و (شرح المنار ) و (شرح مختصر ابن الحاجب) و (شرح تلخيص المعاني) و (شرح ألفية ابن معطي) و (النقود والردود) في أوقاف بغداد و (حاشية على الكشاف ) و (الارشاد) في شرح الفقه الاكبر ل أبي حنيفة. أنظر : **الأعلام**٤٢/٧.

[3] البابرتي .**شرح الغاية بهامش فتح القدير على الهداية للسيواسي** .بيروت. دار الفكر. ٢٤٨/٦.

[4] ابن نجيم .زين الدين بن إبراهيم .**البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية** .ط١ .بيروت. دار الكتب العلمية . ١٩٩٧م.٣٩/٥.

[5] أبو البصل .عبد الناصر موسى .**دراسات في فقه القانون المدني الأردني** .**النظرية العامة للعقد** .ط١.عمان .دار النفائس. ١٩٩٩م.ص٣٨-٤٠ .

[6] علي حيدر .**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**. تعريف فهمي الحسيني. بيروت .دار الكتب العلمية. ٩٢/١-٩٣.

[7] الزرقا. مصطفى. أحمد. **المدخل الفقهي العام**. دار القلم.ط١. ١٩٩٨م. ٦٠٠/١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي معجم المصطلحات الفقهية والقانونية أن العقد :اتفاق بين مشيئة وأخرى، يهدف إلى إنشاء علاقات إلزامية ،أي ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً [1].

وقد عرف عبد الواحد كرم في معجم مصطلحات الشريعة والقانون، العقد بأنه :توافق الإرادة بين شخصين أو أكثر على إنشاء التزامات معينة بينهم [2].

والقانون المدني الأردني ذكر تعريفاً للعقد في المادة (٨٧)بأنه :ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر [3].وقد تبنى هذا التعريف معظم المعاصرين وساروا عليه [4].

فمن خلال ما سبق من تعريفات يتبين لنا أن العقد هو ما يتوقف فيه الالتزام على اجتماع إرادتين –إيجاب وقبول– ففي عقد البيع مثلا: يكون الأثر الشرعي الذي يثبت في المحل المعقود عليه هو تمليك المبيع للمشتري بعد أن كان مملوكاً للبائع، وتمليك الثمن للبائع، وبذلك يتم العقد بإيجاب وقبول، وهذا هو الأثر الشرعي الذي يثبت للعقد، وبناءً على ذلك أيضاً فإن ما يتم بإرادة واحدة لا يسمى عقداً، فالوقف –مثلا– ليس بعقد وإنما هو تصرف ، لأنه يتم من المالك وحده دون أن يشترك فيه أحد.

---

(1) جرجس جرجس .**معجم المصطلحات الفقهية القانونية**. راجعه أنطوان الناشف. الشركة العالمية للكتاب. ط١ . ١٩٩٦م ص٢٤١.

(2) عبد الواحد كرم .**معجم مصطلحات الشريعة والقانون**. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط٢. ١٩٩٨م. ص٢٨٧.

(3) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. القانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص٣٤. نقابة المحامين .**المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** .ط٢ .عمان. مطبعة التوفيق. ١٩٨٥م.ص٩٣.

(4) السنهوري .**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**. ٧٣/١ .الزرقا . ١٩٦٣م.مطبعة جامعة دمشق. **المدخل الفقهي العام**. ٣١٢/١. إبراهيم .**العقود والشروط والخيارات** .ص٥ . شلبي . **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي** .ص٤١٥. التركماني .**ضوابط العقد**.ص٢٥٩ .سراج. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**.ص١٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**موقف الفقهاء من مقصود الإيجاب والقبول: وهما على مذهبين**

**المذهب الأول** :ذهب جمهور الفقهاء من المالكية [١]والشافعية [٢]والحنابلة [٣]إلى أن الإيجاب هو اللفظ الصادر من المشتري، سواء تقدم هذا اللفظ أم تأخر .

وهذا يعني أن الإيجاب عندهم: هو اللفظ الصادر من المالك، والقبول: هو اللفظ الصادر من المتملك.

فقد جاء في حاشية الدسوقي "أن الأصل في الإيجاب أن يقع من البائع أولاً، ويقع القبول من المشتري ثانياً"[٤].

وذكر الإمام النووي في كتابه روضة الطالبين "أن الصيغة هي الإيجاب من جهة البائع، والقبول من المشتري ،وسواء تقدم قول البائع بعت ،أو قول المشتري اشتريت ،فيصح البيع في الحالتين [٥].

وجاء في الإنصاف "وله صورتان إحداهما الإيجاب والقبول ،فيقول البائع :بعتك أو ملكتك أو نحوها ،ويقول المشتري :ابتعت أو قبلت وما في معناهما [٦].

**المذهب الثاني** :ذهب الحنفية[٧] إلى أن الإيجاب إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء من البائع كبعت ، أومن المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول: اشتريت هذا بألف، والقبول الفعل الثاني، وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات ،فسمي الإثبات بالقبول تميزا له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولاً ورضا بفعل الأوللذا فإنه يسمى ما تقدم من كلام أحد العاقدين إيجاباً ، لأنه يثبت للآخر خيار القبول [٨].

---

[١] الدسوقي .شمس الدين محمد عرفة . **حاشية الدسوقي**.دار الكتب العلمية علي البابي وشركاه . ٣/٣.

[٢] النووي. **روضة الطالبين وعمدة المتقين** .المكتب الإسلامي. تحقيق زهير الشاويش. ط٣. ١٩٩١م .٣٣٨/٣.

[٣] المرداوي .أبو الحسن علاء الدين .**الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**. مكتبة السنة المحمدية .القاهرة. ط١. ١٩٥٦م . ٤/٢٦٠-٢٦١

[٤] ابن عرفة.**حاشية الدسوقي** مرجع سابق.. ٣/٣ .

[٥] النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق. ٣٣٨/٣..

[٦] المرداوي .**الإنصاف**. مرجع سابق ٤/٢٦٠-١٦١ ..

[٧] ابن الهمام .كمال الدين .**شرح فتح القدير**. دار الفكر. ٢٤٨/٦.

[٨] ابن الهمام .كمال الدين .**شرح فتح القدير**. مرجع سابق. ٢٤٨/٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والذي يظهر رجحانه: ما ذهب إليه الحنفية، لأن الإيجاب هو إثبات في الأصل ،فالكلام الصادر أولاً من أحد المتعاقدين يعتبر إثباتاً وللطرف الآخر خيار قبول هذا العرض أو رفضه.

وكل ما يدل على التراضي بين المتعاقدين يعتبر إيجاباً وقبولاً،سواء تقدم قول البائع أم تأخر، ما دام أن الرضا قد حصل .والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني.

## المطلب الثالث: العلاقة بين تعريف القانون للعقد والتعريفات الفقهية لمعناه الخاص.

بالنظر إلى مفهوم العقد في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الأردني، نجد أن تعريف العقد في القانون يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة في المعنى السائد عندهم، وهو المعنى الخاص، ولا يتفق مع المعنى العام الذي يطلق مدلول العقد على كل تصرف سواء كان صادرًا عن إرادة واحدة أو أكثر، إذ أن الإرادة المنفردة لا تسمى في القانون عقداً. وبذلك فمفهوم القانون للعقد يتفق مع المفهوم الفقهي للعقد بمعناه الخاص في الأمور الآتية:

١ - أن العقد لا ينعقد إلا بوجود عاقدين، فالشخص الواحد لا يبر م بإرادته المنفردة عقداً ،وتصح الإرادة المنفردة لإحداث الآثار الشرعية المترتبة عليها، كإنهاء الزواج: ينطق الزوج بالطلاق، وأما ما تنشئه الإرادة المنفردة لا تعد عقداً في الاصطلاح الذي صار إليه كثير من الفقهاء .

٢ - وقد يطلق الفقهاء لفظ العقد أحيانا على ما يشمل التصرفات التي تتم بإرادة منفردة، كالطلاق والوقف والوصية بالمعنى العام للعقد[1].

٣ - لا ينعقد العقد إلا بالصيغة الدالة على رضا طرفي العقد به،ولا يشترط في هذه الصيغة أن تكون على هيئة معينة، أو بشكل خاص ما دامت تدل على الرضا، وما يصدر دالاً على الرضا من أحد المتعاقدين يسمى إيجابا، وما يصدر من المتعاقد الآخر يسمى قبولاً.

٤ - لا ينعقد العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول، بل يلزم تعلق كل منهما بالآخر شرعاً، وذلك بأن يتأصل الإيجاب والقبول دون فصل بينهما، كما يلزم كذلك أن يتفق الإيجاب والقبول فيما وردا عليه .

---

[1] سراج .**نظرية العقد في الفقه الإسلامي** . مرجع سابق.ص١٥.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٥ - يلزم لإنشاء العقد أن يثبت تأثير الاتفاق في المعقود عليه أو محل العقد، فإذا لم يوجد محل للاتفاق تظهر فيه آثاره، لم يكن هناك عقد ، كما لو اتفق أحمد ومحمد على التلاقي أمام الكلية، فإن هذا الوعد ينشأ مسؤولية شخصية لكلا الطرفين، أما لو اتفقا على بيع منزل بعشرين ألفاً ،فإن هذا الاتفاق متعلق بالمعقود عليه، وهو المنزل ويثبت أثره فيه، وهذا الأثر هو الحكم لنقل ملكية المنزل من البائع إلى المشتري ونقل الثمن من المشتري إلى البائع، وهكذا كان الاتفاق عقدا وأنشأ التزاماً محله هذا المعقود عليه بخلاف الوعد باللقاء [1].

**ثانيا:العقد بالمعنى العام:**

هناك من الفقهاء من عرف العقد بتعريف أوسع وأشمل من التعريف الخاص، فاعتبر العقد كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة، كالوقف والطلاق والإبراء ، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإجارة والوكالة والزواج[2]

وهذا المعنى أكده الإمام أبو بكر الرازي الجصاص في تفسيره لسورة المائدة حيث قال : " العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله أو يعد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد منها قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضا عقوداً لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها و كذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك [3]وهذا المعنى أكده الإمام ابن حيان الأندلسي في تفسيره لقوله تعالى : " ☎✁☑❑⇖✡♦✌✁◆➚ ✍▫⇦✎♔⅄✐✍✁ ✍⌧♑⑩③❑♗✵✇♦③ ❑❑❑▫⬀▫➔❑✁☎ ✎✍✍✍⚐✍✎⇖➔⑦➔❑⑩✎ [4]" ويندرج في هذا العموم كل عقد مع إنسان كأمان

---

[1]سراج. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي** .مرجع سابق ص١٦.

[2]حسين. أحمد فراج. **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية** .ص١٨٠.الدار الجامعة. التركماني.عدنان خالد . **ضوابط العقد في العقد الإسلامي**.دار المطبوعات الحديثة .ص٢٤ .انظر أيضا القره داغي. علي محيي الدين علي. **مبدأ الرضا في العقود**.ج١ . ص١١١ وما بعدها. ط١. ١٩٨٥م. دار البشائر الإسلامية بيروت . الزحيلي. وهبه. **الفقه الإسلامي وأدلته**. دار الفكر. دمشق. ط٤. ٢٠٠٢م. ٢٩١٨/٤.

[3] الجصاص الرازي. أبو بكر بن على. **أحكام القرآن**.دار الفكر. بيروت. ٤١٨/٢.

[4] **سورة المائدة**. ١



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ودية ونكاح وبيع وشركة وهبة ورهن وعتق وتدبير وتخيير وتمليك ومصالحة ومزارعة وطلاق وشراء وإجارة، ومع عقده على نفسه لله تعالى من طاعة كحج وصوم، واعتكاف ونذر وشبه ذلك.[1]وهذا المعنى أخذ به فقهاء المالكية،[2]والشافعية[3]والحنابلة[4]فالإمام الشافعي[5] (رحمه الله تعالى ) بين أن المراد بقوله سبحانه وتعالى :"③♦🕓❋🕯❒⓫⓷♑⌧🙵 ✂🙵✍⅄⌂🙖⇦⌑🙟 " [6]وقوله سبحانه :" ⬈♦✂☟✡⬉❑☑✂☎ 🕮❑❑⬀⌑➔❑✂☎ 🙴♐🙵🙵☯♑➔⬉☽➔❑⓾🙖 ":❑♦🕮❑❑⬀⌑➔❑✂☎ 🙴♐➔⌧♑⇧⑨🙖 ✂🙵✍★ ☽♐❶⬩✂ ⬉♦🕓♑⌧⑨🙟⚐⇔"[7] أنه عام على كل عقد ويشبهه –والله أعلم– أن المقصود بالآيتين هو أن الله تبارك وتعالى أراد أن يوفوا بكل عقد كان، بيمين أو أو بغير يمين[8].

## المطلب الرابع: العلاقة بين المعنيين( العام والخاص)

هي علاقة عموم وخصوص، فالعقد بالمعنى العام يشتمل على نوعين من التصرف :الأول هو كل تصرف يتم برضا طرف واحد ،أي يتم بإرادة مفردة مثل الطلاق والنذر والإبراء .

---

[1] ابن كثير. إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي. أبو الفداء ت٧٧٤هـ. **تفسير القرآن العظيم**. در الفكر. بيروت. ١٤٠١هـ ٤/٢.

[2] ابن جزي .محمد بن أحمد .**القوانين الفقهية** .ط١. بيروت. دار العلم بالله .ص١٨١.

[3] الرملي .محمد بن أبي العباس. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**.بيروت. دار الكتب العلمية.١٩٩٣م. ٣٧٢/٣ .السيوطي. جلال الدين عبد الرحمن . **الأشباه والنظائر** .ط١ .بيروت. دار الكتب العلمية. ١٩٨٣م .ص٢٧٥.

[4] البهوتي .منصور بن يوسف. **كشاف القناع عن متن الإقناع** .بيروت. دار الفكر. ١٩٨٢م . ١٣٦/٣.

[5] **الشافعي**: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي. ولد سنة ١٥٠هـ . قال أبو عبيد القاسم بن سلام: ما رأيت رجلا قط أكمل من الشافعي" كتبه: الأم والرسالة والحجة. مات سنة ٢٠٤هـ وهو أحد الأئمة الأربعة. وإليه ينسب المذهب الشافعي. أنظر **تهذيب التهذيب** . ٢٥/٩. **طبقات الفقهاء للشيرازي**. ص٧١. **الأعلام** .٢٦/٦.

[6] **سورة المائدة** ١

[7] **سورة النحل**.آية:٩١.

[8] الشافعي .**أحكام القرآن**.محمد بن إدريس. ٦٦/٢. ابن تيمية. نقي الدين. **الفتاوى** .دار الكتب العلمية.٥/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الثاني:هو كل تصرف يتوقف على رضا الطرفين ، أي يحتاج إلى إيجاب وقبول، فلا ينعقد بإرادة منفردة، بل لا بد من توافر الإرادتين، مثل البيع والإجارة .

وهذا هو المعنى الخاص، وبالتالي فكل عقد بالمعنى الخاص هو عقد بالمعنى العام وليس العكس [١].

والشائع هو استعمال العقد بالمعنى الخاص، فإذا جاءت كلمة عقد انصرفت إلى المعنى الخاص ولا تنصرف إلى العام إلا بقرينة[٢]

بقرينة[٢]

يقول أبو زهرة :"وفي الجملة إن كتب الفقه تذكر كلمة العقد وتريد بها أحياناً المعنى العام، وهو المرادف للتصرف ،وتذكرها أحياناً وتريد بها المعنى الخاص ،وهو مالا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي يقرره الشارع ،وهذا المعنى الشائع الكثير المشهور حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح ،ولذا إذا أطلق كلمة العقد تبادر إلى الذهن ، أما المعنى الثاني فلا تدل عليه كلمة العقد إلا بتنبيه يدل على التعميم ،ولا نكاد نجد فقيهاً يطلق كلمة عقد الطلاق أو العتاق من غير تنبيه لذلك ،فالاصطلاح الشائع الأغلب إطلاق العقد بالمعنى الخاص دون العام، الذي يراد به ما يراد في التصرف الشرعي [٣].

## المطلب الخامس: أركان العقد

للفقهاء خلاف مشهور في تحديد الأركان للعقد، هل هي الصيغة – الإيجاب والقبول- أم مجموع الصيغة والعاقدين –البائع والمشتري- والمعقود عليه ومحل العقد-المبيع والثمن-؟

فجمهور الفقهاء من مالكية [٤]وشافعية [١]وحنابلة[٢]يرون أن هذه كلها أركان للعقد، لأن الركن عندهم: ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره عقلاً، سواء أكان جزءاً من حقيقته أم لم يكن، ووجود العقد يتوقف على العاقدين والمعقود عليه، وإن لم يكن هؤلاء جزءاً من حقيقته.

---

[١] الصيفي. عبد الله محمود. **الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات المالية** .دار النفائس .ط١ . ٢٠٠٦م. ص١٩.

[٢] **القرينة**: هي ما يدل على المراد من غير كونه صريحا . نحو مشاهدة شخص خارج من دار خالية خائفا مدهوشا في يده سكين ملونة بالدم. فلما وقع الدخول للدار رئي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت . يتشخط في دمائه. فالقرينة تدل على أن هذا الشخص الخارج هو القاتل . أنظر **الموسوعة الفقهية** . ١٥٦/٣٣.

[٣] أبو زهرة .**نظرية العقد** مرجع سابق.ص٢٠ .سراج. **نظرية العقد**.مرجع سابق ص١٤.

[٤] الصاوي. أحمد.**الصاوي على الشرح الصغير**. مرجع سابق ١٣/٣. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق ٢/٣. الخرشي. محمد بن عبد الله. **شرح شرح مختصر خليل للخرشي** مرجع سابق. ٥/٥ .



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويرى الحنفية[3] أن الركن في العقد هو الصيغة فقط، أما العاقدان والمحل فهما مما يستلزمه وجود الصيغة، لا من الأركان، لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة العقد، وإن كان يتوقف عليه وجوده.

فللعقد أركان ثلاثة عند الجمهور –الصيغة ومحل العقد والعاقدان- وعند الحنفية ركن واحد وهو الإيجاب والقبول،-الصيغة- لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما مما لا يتحقق العقد إلا به، وهو خلاف شكلي لا يترتب عليه فائدة ما .

**أولاً- الصيغة (الإيجاب والقبول)**

ذكرنا سالفا أن الإيجاب هو إثبات في الأصل ،فالكلام الصادر أولاً من أحد المتعاقدين يعتبر إثباتا وللطرف الآخر خيار قبول هذا العرض أو رفضه.

وكل ما يدل على التراضي بين المتعاقدين يعتبر إيجاباً وقبولاً، سواء أتقدم قول البائع أم تأخر، ما دام أن الرضا قد حصل .والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني.

**شروط الإيجاب والقبول :**

وإذا تم العقد بصيغة القبول والإيجاب، فيشترط فيها شروط:

١. وضوح دلالة الإيجاب: أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل لما في كل عقد تدل لغة أو عرفا على نوع العقد المقصود للعاقدين،

---

[1] النووي. **المجموع شرح المهذب**. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ١٧٤/٩. الأنصاري. أبو يحيى زكريا. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. المكتبة الإسلامية. ٢/٢. البجيرمي على الخطيب. دار المعرفة. ٣/٢. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٩٢/٢. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. ٢٠٥/٤.

[2] ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق ٤/٤. المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق ٢٦٤/٤. البهوتي. منصور بن يونس. **كشاف القناع**. ١٤٦/٣. الرحيباني . **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق ٤/٣.

[3] ابن نجيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. مرجع سابق ٢٧٨/٥. البابرتي. محمد بن محمد بن محمود. **العناية شرح الهداية**. ٢٤٨/٦. الزيلعي. عثمان بن علين.**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**.٢/٤. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٢/٣. ابن عابدين. محمد أمين عمر. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق ٥٠٣/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لأن الإرادة الباطنة خفية، ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصدا عقداً معينا، لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.[1]

٢. تطابق القبول مع الإيجاب، بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، مثل أن يقول الموهوب: بعتك هذا بألف درهم، فيقول القابل: اشتريت منك بألف، فيصح العقد لوجود التوافق في الصيغة.[2]

وقد نص القانون المدني الأردني في مادته "٩٩" على وجوب تطابق القبول والإيجاب، و لم يجز الزيادة في الإيجاب أو تقييده أو تعديله.[3]

٣. اتصال القبول بالإيجاب: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب،ويتحقق الاتصال بين الإيجاب والقبول، بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر، بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، وبأن لا يصدر منه ما يدل على إعراضه عن العقد، سواء من الموجب أو من القابل.[4]

وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني في مادته ٩٦ والتي تنص: "المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض، يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك". [5].

---

[1] البهوتي. **كشاف القناع**. ١٤٦/٣. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. ٢/٣. علي حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. ١٢٢/١. الشافعي .أحمد محمود .**تاريخ العقد الإسلامي** .ص٢٩٣. الزحيلي. وهبة. **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والأردني**. دار الفكر. ط١. ١٩٨٧م. ص١٩.

[2] الزحيلي. **العقود المسماة**. مرجع سابق.ص١٩.

[3] فقد نصت المادة: ٩٩ على ما يلي: ١. يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب. ٢. وإذا اقترن البول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً. أنظر موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص٣٧.

[4] ابن الهمام.**فتح القدير**. ٧٨/٥. الدردير. **الشرح الكبير**.٥/٣. الحطاب. **مواهب الجليل**. ٢٤٠/٤. الأنصاري. أبو يحيى زكريا. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. المكتبة الإسلامية. ٢/٢ مرعي بن يوسف. **غاية المنتهى**٤/٢.

(٣) والتي تنص على : "أن المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك". موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص٣٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالصيغة إذن ما يبين به كل عاقد للآخر عن غرضه وقصده من إيجاب وقبول، وقد تكون الصيغة باللفظ، وهو الأكثر استعمالاً بين الناس، ليسره وسهولته عليهم، كما يجوز أن يكون العقد بالكتابة أو بالإشارة المفهمة من الأخرس، غير أنه قيل أن عقود الأخرس القادر على الكتابة لا تصح الإشارة منه، وإنما لا بد من الكتابة، لأنها أبين وأوضح وأبعد عن الاحتمال من الإشارة[1]

**ثانياً : محل العقد**

محل العقد هو المعقود عليه، وهو ما تتعلق به أحكام العقد و آثاره، وهو يختلف باختلاف العقود، وقد يكون المحل عيناً مالية، كما في عقد البيع ، وقد يكون منفعة متبادلة، كما في الزواج والإجارة والإعارة، وقد يكون عملاً كما في عقدي المزارعة والوكالة[2]

وقد اشترط الفقهاء فيما يكون محل العقد مشروعا شروطاً ثلاثة هي :

١ - أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً، فإذا لم يقبل حكمه لم يصلح محلاً، و لم يصلح العقد [3] ففي عقد البيع مثلا، أثر العقد هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ويشترط أن يكون مالاً متقوماً مملوكاً للبائع، فما لم يكن مالاً بالمعنى الشرعي : وهو ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع، لا يصح بيعه، كبيع الميتة مثلاً عند المسلمين، وكذا إذا لم يكن متقوماً ، أي منتفعاً به شرعاً، كبيع الخمر ولحم الخنزير، فإنهما وإن كانا مالاً عند غير المسلمين، لكنهما ليسا متقومين عند المسلمين، فحرم بيعهما، كما ورد في حديث جابر رضي الله عنه : " **إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير** ".[4]ا يصلح أن يكون محلاً للعقد عيناً كان أو منفعة . ففي عقد البيع يجب أن يكون المعقود عليه موجوداً، ولا يجوز بيع ما لم يوجد لقوله صلى الله عليه وسلم " **لا تبع ما ليس عندك**"[5] ولأن في بيع ما لم يوجد فيه غرر وجهالة، وهذا يمنع.[1]

---

(١) الجبوري. ياسين. **المبسوط**.مرجع سابق. ج١.م١.ق٢.ص١٣٢.

(٢) الجبوري. **المبسوط**. مرجع سابق. ص١٣٤.

(٣) الرملي. **نهاية المحتاج**. ١٩/٣.الكاساني. **بدائع الصنائع**. ١٧١/٤ . علي الخفيف .**أحكام المعاملات** .ص٢٣٤ وما بعدها .

(٤) **رواه مسلم** واللفظ له . ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي. حديث رقم:١٥٨١ . ١٢٠٧/٣. **والبخاري** . حديث ٢١٢١. ٧٧٩/٢.

(٥) **رواه الترمذي**.واللفظ له.حديث رقم:١٢٣٢. ٥٣٤/٣. **ورواه البيهقي**. حديث رقم. ١٠٤٦٤. ٣١٣/٥. وقد ذكر صاحب كتاب تخليص التحبير عن هذا الحديث: أن رواه أحمد وأصحاب السنن وابن حيان في صحيحه من حديث يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام مطولاً ومختصراً، وصرح همام



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢ - تعيين المحل ومعرفته: يشترط في المحل أن يكون معيناً و معروفاً بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الضرر والنزاع بين المتعاقدين، فلا يجوز بيع شاة من هذا القطيع من الغنم ، ولا بيع ساعة - مثلاً – من غير أن يبين نوعها أو قنطار قطن دون بيان نوعه. ويحصل العلم بمحل العقد، بكل ما يميزه عن الغير من رؤيته، أو رؤية بعضه عند التعاقد، أو بوصفه وصفاً يكشف عنه تماماً، أو بالإشارة إليه[٢].

٣ - أن يكون مقدور التسليم: فالحيوان الضال الشارد ونحوه لا يصلح أن يكون موضوعًا لعقد البيع، أو الإجارة أو نحوها. وكذلك الدار المغصوبة من غير غاصبها، أو الأرض أو أي شيء آخر تحت يد العدو.[٣]

**ثالثاً : العاقدان :-**

تقدم أن كل عقد لابد لإنشائه من إيجاب وقبول صادرين ممن يريدان التعاقد، غير أنه ليس كل واحد من الناس يصلح أن يكون عاقداً ، فالناس في ذلك يختلفون، فمنهم من لا يصلح لإنشائه أي عقد، فإيجابه وقبوله لغواً لا قيمة له ، ومنهم من تصلح عبارته لإنشاء بعض العقود دون البعض الآخر، ومنهم من تصلح عبارته لإنشاء العقود بأنواعها من غير توقف على إرادة غيره، ومنهم من تصلح عبارته لإنشاء العقود ولكن تحتاج لترتيب أثرها الشرعي إلى غيره ليجيز له هذا التصرف .

واختلاف الناس في ذلك يرجع إلى اختلافهم في أمرين:

١. الأهلية[١]

---

عن يحيى بن أبي كثير أن يعلى بن حكيم حدثه أن يوسف حديه أن حكيم بن حزام حدثه ورواه ه شام الدستوائي وإبان العطار، وغيرهما عن يحيى بن أبي كثير، فأدخلوه بين يوسف وحكيم عبدالله بن عصمة، قالد الترمذي حسن صحيح، وقد روى وجه عن حكيم، ورواه عوف عن بن سيرين عن حكيم، و لم يسمعه بن سيرين منه إنما سمعه من أيوب عن يوسف بن ماهك عن حكيم، ميز ذلك الترمذي وا غيره، أو زعم عبد الحق أن عبد الله بن عصمة ضعيف جداً، و لم يتعقبه بن القطان، بل نقل عن بن حزم أنه قال : هو مجهول، وهو جرح، مردود، وقد روى عنه ثلاثة، واحتج به النسائي . أنظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، أبوالفضل ت ٨٥٢هـ، **تلخيص التحبير**، المدينة المنورة، ١٩٦٤م، ١٣٨٤هـ، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، ٥/٣.

[١] **الموسوعة الفقهية**. وزارة الأوقاف الكويتية. ٢٢٥/٣٠.

[٢] الرملي. **نهاية المحتاج**. ١٩/٣.الكاساني. **بدائع الصنائع**. ١٧١/٤ . علي الخفيف .**أحكام المعاملات** .ص٢٣٤ وما بعدها.

[٣] الرملي. **نهاية المحتاج** .١٩/٣.الكاساني. **بدائع الصنائع** .١٧١/٤ . علي الخفيف .**أحكام المعاملات** .ص٢٣٤ وما بعدها.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢. والولاية [٢]

فمن فقدهما معاً لم يكن لإيجابه أو قبوله أي أثر أو قيمة، لانعدام قصده وإرادته ، ومن كملتا فيه، نشأت عن عبارته جميع العقود ونفذت ،ومن لم تكملا فيه كان لعبارته بعض الآثار دون بعضها الآخر [٣].

فالعاقد هو الذي يباشر بالإيجاب أو القبول، فيسمى موجباً أو قابلاً، سواء أكان ذلك أصالةً عن نفسه، أو عن غيره، والعاقد الذي يباشر صيغة العقد يجب أن يكون هذا الصدور والعمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً، بمعنى أنه يجب أن يتمتع بأهلية أداء [٤].

## المطلب السادس: تقسيم العقود بحسب طبيعتها ونوعها:

قسم بعض الفقهاء العقود بحسب طبيعتها إلى الأقسام التالية :-

---

[١] **الأهلية**: هي صلاحية الإنسان لصدور الأشياء منه. وطلبه منه. وهي في لسان الشرع. عبادة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. وهي تنقسم إلى قسمين:

١. **أهلية وجوب**: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه. ولا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة. لأن الذمة هي محل الوجوب. ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال. ولهذا اختص الإنسان بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليس لها ذمة.

٢. **أهلية الأداء**: وهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا. وهي نوعان: الأول: أهلية أداء ناقصة. كما في الصبي غير المميز. أو المعتوه بعد البلوغ. فتكون أفعالهم بحاجة إلى موافقة الولي . والثاني: أهلية أداء كاملة: وهي ما يحصل عليها =الإنسان بعد البلوغ والعقل. أنظر : البخاري. عبد العزيز بن أحمد بن محمد.**كشف الأسرار**. دار الكتاب الإسلامي. ٢٤٨/٤. ابن أمير حاج. محمد بن محمد. **التقرير والتحبير في شرح التحرير**. دار الكتب العليمة. ١٦٥/٢.

[٢] **الولاية**: هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من القيام على شؤون الصغار الشخصية والمالية. وتبدأ الولاية الشرعية على الصغير منذ ولادته إلى أن يبلغ رشيدا. والولي: هو الذي يحق له التصرف في مال الغير بدون استحصال الإذن برضاء صاحب المال . وتثبت الولاية بأربعة أسباب: القرابة والملك والولاء والإمامة. أنظر حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. المادة ٥٩. ٥٩/١. ابن نجيم. زين الدين إبراهيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** . دار الكتاب الإسلامي. ١١٧/٣.

[٣] انظر الشافعي. **تاريخ الفقه الإسلامي**. ص٢٩٤ وما بعدها .

[٤] الجبوري. ياسين. **المبسوط**. مرجع سابق ١٣٣/١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١. عقود المعاوضات :هو العقد الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لما أعطى أو لما التزم به[١]،مثل عقد البيع بأنواعه من المقايضة والسلم والصرف ، وعقد الإجارة والاستصناع وا لصلح والمضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة ونحوها .

٢. عقود التبرع :هو العقد الذي لا يأخذ به العاقد مقابلاً لما أعطى ولا يعطي الآخر مقابلاً لما أخذ، وهو يتميز عن غيره بقصد التبرع لدى الملتزم [٢]،مثل عقد الهبة والإعارة والوديعة والوكالة والكفالة بغير أمر المدين، والرهن والوصية ونحوها .

٣. وهناك عقود تعد تبرعا في الابتداء لكنها معاوضة في الانتهاء، كعقد القرض، فإن المقرض متبرع عند الإقراض، لكنه عند رجوعه على المقترض بمثل ما أخذ يؤول إلى المعاوضة ، وكذلك عقد الكفالة بأمر المدين، فإنها تبرع في الابتداء حينما يلتزم الكفيل بالدين الذي على المدين، لكنه إذا دفع الدين للدائن ورجع على المدين بمثل ما دفعه تصير عقد معاوضة[٣].

٤. عقود المشاركات: وهي التي يجري فيها الاشتراك في رأس المال وربحه، أو في ربحه وحده، ومن ذلك عقود الشركة المختلفة التي يتفق فيها الشركاء على تقديم كل منهم حصة من رأس المال أو العمل لاستثماره واقتسام ما ينشأ عنه من ربح وتحمل الخسارة التي قد تلحق به، ومن هذا القبيل عقد المضاربة الذي يتفق فيه على تقديم أحد الطرفين المال والآخر العمل على أن يكون الربح بينهما، ويجمع هذا العقد بين أصحاب الأموال وأصحاب الخبرات لتثمير المال وتنميته، وهذا العقد هو الأساس الذي تطور عنه مفهوم الشركات المساهمة[٤].

٥. عقود التوثيقات: وهي التي يهدف منها إلى توثيق حقوق الدائنين وضمان وصول حقوقهم إليهم، وتشمل هذه العقود التوثيقات الشخصية وهي الكفالة التي تعني ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في ا لم طالبة

---

[١] مرقس.**نظرية العقود** .مصدر سابق. ص٧٧ .سراج. محمد. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق ص٤١.

[٢] الزرقا. **المدخل الفقهي العام**.مرجع سابق.ص٦٤٠. غرايبة. هيثم محمد. **الإيجاب والقبول في العقد وبعض المسائل المتعلقة بتنفيذه** .رسالة ماجستير الجامعة الأردنية. ١٩٩٥ م .ص١٧ .

[٣] مرقس .**نظريق العقود** .مصدر سابق .ص٧٧ .سراج. محمد. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق. ص٤١.

[٤] سراج. محمد. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**. دارسة فقهية مقارنة. دار المطبوعات الجامعية. ص٣٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بالدين، بحيث يصير كل منهما مسئولاً عن الوفاء به، ولا تخفى فائدة هذا العقد في طمأنة الد ائن وضمان وصول حقه إليه، وتشمل هذه العقود التوثيقات العينية التي يفيدها الرهن.[1]

### المطلب السابع:الفرق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات

هناك فرق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات، يمكن إيجازها في النقاط التالية :-

أ - يظهر الفرق الأول من خلال طبيعة عقود المعاوضات وعقود التبرعات ، فالمعاوضات هي التي يكون فيها النفع من الجانبين، بحيث يعطي كل طرف مقابلاً لما أخذ ، كالبيع مثلا حيث يعطي المشتري الثمن ويأخذ في مقابله السلعة ، أما عقود التبرعات فهي ليست كذلك ، فهي لا تشتمل على تبادل بين الطرفين ، إنما تقوم على أساس المعونة من أحد الطرفين للآخر كالهبة والوصية والصدقة حيث لا ينال الطرف المعطي مقابلاً لما أخذ منه[2].

ب -أهلية التعاقد: فطبيعة عقود التبرعات اقتضت التشدد في أهلية المتبرع، مثل إنشاء الهبة والوقف والكفالة، فلا يصح التبرع إلا من كامل الأهلية – أهلية الأداء –لأنه يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فلا يصح التبرع من الصبي المميز ، ولا بد أن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً. لذا كان على الولي رد مثل هذه التصرفات كما يقول الفقهاء " وأما تصرفه – أي الصبي المميز – بغير معاوضة كهبة أو عتق وما أشبهه ذلك، فإنه يتعين على الولي رده [3]"

أما عقود المعاوضات فقد تساهل الفقهاء في أهلية العاقد ،فلا يشترط أن يكون كامل الأهلية ،فتصح المعاوضات من الصبي المميز ،ولكنها تكون موقوفة على إجازة وليه ،وهي ما تسمى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[4].

---

[1] سراج. محمد. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**. ص٣٤.

[2] الهاشمي. **أحكام تصرفات الوكيل** .مصدر سابق .ص٧٧ .

[3] الخرشي.**الخرشي على مختصر الخليل**. ٩/٥ . ابن جزي **.القوانين الفقهية** .ص٣٢٥ .ابن رشد **.بداية المجتهد**.٢٨٢/٢

[4] الكاساني. **بدائع الصنائع**.دار الكتب العلمية.١٥٣/٥. ابن رشد. **بداية المجتهد**. ٢٨٢/٢ . ابن جزي.**القوانين الفقهية** .ص٣٢٥.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ج -عقود المعاوضات يؤثر فيها العيوب ،فيحق للمشتري الرد إذا رأى ذلك، كمن اشترى حيواناً على أنه ذو لبن غزير فتبين غير ذلك ،وهي ما تسمى بالمصراة،وجاء في الحديث الشريف **عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر** "[1].

أما عقود التبرع فلا خلاف في انه لا تأثير للعيب فيها، كالهبات والصدقات وغيرها [2].

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

[1] **أخرجه البخاري**.في كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم . حديث رقم: ٢٠٤١. ٢/٧٥٥.

[2] ابن رشد. **بداية المجتهد**. ٢/١٧٤. القرافي. **الفروق** . ١/١٥٠- ١٥١ .

## المبحث الثالث: مفهوم المعاوضة:

### المطلب الأول: المعاوضة لغة:

المعاوضة مأخوذة من العوض وهو الخلف أو البدل والاسم :العوض والجمع :أعواض ،فيقال عاضه وأعاضه وعوضه تعويضاً ،وعاوضه أي أعطاه العوض .واعتاض وتعوض :أخذ العوض ،واستعاض أي طلب العوض ،وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب

### المطلب الثاني: المعاوضة اصطلاحاً :

وردت المعاوضة في الاصطلاح الفقهي موافقة من حيث المعنى والاستعمال لدلالتها اللغوية ،بدليل استعمالها الاصطلاحي لدى الفقهاء :حيث وردت بالمضمون والدلالة نفسها ،إما صراحةً وإما ضمناً، وفيما يلي تفصيل ذلك:

- عرف الدسوقي [٢]المعاوضة بقوله :"عقد محتوٍ على عوض من الجانبين" [٣]

- وعرفه الشرقاوي[٤] في حاشيته بقوله : "المبادلة أي المقابلة والمعاوضة، وهي مقابلة مال بمال [٥].

---

[١] ابن منظور. **لسان العرب**. ٥٢١/٦.الفيومي .**المصباح المنير**. ٥٢٣/٢ .الفيروز آبادي. **القاموس المحيط** .ص١٢٣٢. الرازي .**مختار الصحاح** .ص٤٨٧. ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. ص٦٩٥. الجوهري. **الصحاح**. ٨٥٥/١.

[٢] **الدسوقي**: (- ١٢٣٠ هـ = - ١٨١٥ م)محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: من علماء العربية. من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة. وكان من المدرسين في الأزهر. له كتب، منها (الحدود الفقهية) في فقه الإمام مالك، و (حاشية على مغني اللبيب) مجلدان، و (حاشية على السعد التفتازاني) مجلدان، و (حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل) فقه، و (حاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين. **الاعلام** ١٧/٦.

[٣] ابن عرفة .**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** مرجع سابق. ٣/**٢** .

[٤] **الشرقاوي**: هو أحمد بن إبراهيم بن عبد الله الشرقاوي . فقيه شافعي. من مدرسة الأزهر. بالقاهرة. خلف أباه في ذلك. وتصدى للإفتاء . وكان جسيما فصيحا. اتهمه الفرنسيون بالتحريض على الثورة بمصر عليهم. له " نحور الحور العين" أنظر: الزركلي. **الأعلام**. دار العلم للملايين. ط١٥. ٢٠٠٢م. ٨٩/١.

[٥]الشرقاوي .**حاشية الشرقاوي** .لأبي يحيى زكريا الأنصاري. ٢١٩/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

- وعرفها البهوتي [1]فقال :"المبادلة جعل الشيء في مقابلة آخر " [2].

وعند الحنفية ومن خلال بعض النصوص الفقهية فإن المعاوضة تأتي بمعنى المبادلة .

قال الكاساني [3]: معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض، لأنه عقد مبادلة ،وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ، وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض، لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل [4].

وفي معجم مصطلحات الشريعة والقانون :أن عقد المعاوضة هو عقد يأخذ كل من أطرافهمقابلاً لما أعطاه[5].

وقد ورد معنى المعاوضة في معجم المصطلحات الفقهية والقانونية على أنه : العقد الذي يكون فيه أهمية الموجبات معينة في الأصل على وجه ثابت، بحيث يستطيع كل من المتعاقدين أن يعرف يوم التعاقد مقدار المنافع التي يجنيها من تعاقده ومبلغ التضحية التي رضي بها [6].

ومن خلال ذلك يثبت أن تعريف المعاوضة تقوم على المبادلة .

---

[1] **البهوتي**:(١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ = ١٥٩١ - ١٦٤١ م) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى: شيخ الحنابلة بمصر في عصره. نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر. له كتب، منها (الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع) فقه، و (كشاف القناع عن متن الاقناع للحجاوى) أربعة أجزاء، فقه، و (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) بهامش الذى قبله، و (إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى) و (المنح الشافية) في شرح (نظم المفردات) للمقدسي، و (عمدة الطالب) فقه، شرحه عثمان بن أحمد النجدي بكتابه (هداية الراغب لشرح عمدة الطالب) . انظر: **الاعلام**:٣٠٧/٧

[2] البهوتي .**كشاف القناع عن متن الإقناع** . دار الكتب العلمية.١٤٦/٣.

[3] **الكاساني**: هو أبو بكر محمد بن مسعود بن أحمد الكاساني. ملك العلماء. تفقه على علاء الدين بن محمد السمرقندي. وتزوج ابنته فاطمة. شرح تحفة الفقهاء. وصنف أيضا السلطان المبين في أصول الدين. توفي بحلب. سنة ٥٨٧هـ . أنظر ابن فطلوبغا. **تاج التراجم** .٢٩٤-٢٩٦.

[4] الكاساني. **بدائع الصنائع**. دار الكتب العلمية. ١٣٣/٥ .

[5] عبد الواحد كرم. **معجم مصطلحات الشريعة والقانون** .مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.ط٢ .١٩٩٨م .ص٢٩٦.

[6] جرجس .**معجم المصطلحات الفقهية والقانونية**.راجعه د أنطوان الكاشف .الشركة العالمية للكتاب .ط١. ١٩٩٦م .ص٢٤٥.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثالث: أنواع المعاوضات

تأتي المعاوضات على نوعين [1]هما:

الأول المعاوضة المحضة :وهي التي يقصد فيها المال من الجانبين ،والمراد بالمال ما يعم العين والمنفعة،وذلك على اعتبار أن المنفعة تنزل منزلة الأعيان، ومثل ذلك البيع والسلم والإجارة والمقاولة والتوريد وغيرها من العقود –سيأتي الحديث عنها بالتفصيل إن شاء الله تعالى– .

الثاني المعاوضة غير المحضة :وهي ما يقصد فيها المال من جانب واحد لا من الجانبين، ومثاله الخلع[2].

وسيكون التركيز في مجال البحث على النوع الأول من المعاوضات التي يكون فيها المال من جانبين إن شاء الله تعالى .

## المطلب الرابع: أقسام عقود المعاوضات

تقسم عقود المعاوضات إلى عدة اعتبارات مختلفة فهي:

باعتبار نوع المبادلة قد تكون مبادلة مال بمال، أو مبادلة مال بمنفعة مال، أو مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال، أو مبادلة منفعة بمنفعة.

وهي بهذا الاعتبار تقسم إلى أربعة أقسام هي:

١ - مبادلة مال بمال وهي التي يكون فيها المال مقصود الجانبين حقيقة، كالبيع والصرف وغيرهما[3].

٢ - مبادلة مال بمنفعة مال :وهي التي يكون فيها المال مقصوداً من الجانبين حكماً أو أن يقصد احدهما المال والآخر المنفعة ،لان المنافع تنزل منزلة الأموال[4]،وذلك مثل الإجارة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والاستصناع .

---

[1] الزركشي. **المنثور في القواعد**. مرجع سابق ٤٠٣/٢. ابن رجب الحنبلي. **القواعد**. مرجع سابق ص٧٤-٧٧.

[2] **الخلع**: هو فرقة بعوض بلفظ الطلاق أو خلع، أنظر: الخطيب، محمد بن أحمد الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** دار الكتب العلمية، ٤٣٠/٤. الزركشي. **المنثور في القواعد** مرجع سابق .٢/ ٤٠٢ .

[3] الشافعي .أحمد محمود .**تاريخ الفقه الإسلامي وبعض نظرياته العامة نظرية الملكية والعقود**. دون طبعة ولا تاريخ. ص٤٨٧.

[4] الزركشي . **المنثور في القواعد** . مرجع سابق ٤٠٢/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هذان القسمان  يطلق عليهما اسم المعاوضات المالية ، أي المعاوضات التي يكون فيها المال مقصوداً من الجانبين حقيقة ،كالبيع والصرف والسلم وغيرهما، أو حكماً كالإجارة والمضاربة ،فإن المنافع تنزل منزلة الأموال، لأن المراد بالمال ما يعم المنفعة وغيرها مما يتمول .

وعقود المعاوضات المالية تسمى عند الفقهاء أيضا بالمعاوضات المحضة [1].

٣ - مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال:مثل الخلع والجزية.

٤ - مبادلة منفعة بمنفعة: كقسمة المنافع بطريق المهايأة [2]الزمانية أو المكانية .

وهذان القسمان الأخيران يطلق عليهما اسم المعاوضات غير المالية، لأن التبادل ليس مالاً من الجانبين، أو مال من أحد الجانبين ليس بمال ولا بمنفعة مال من الجانب الآخر [3].

## المطلب الخامس: الفرق بين عقود المعاوضات المالية وعقود المعاوضات غير المالية

يمكن إيجاز أهم ما يفرق عقود المعاوضات المالية عن عقود المعاوضات غير المالية:

عقود المعاوضات المالية عقود لازمة تقبل الفسخ ،فيجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد ويكون الفسخ بالتراضي لهما في حكم إبطال العقد [4].

أما عقود المعاوضات غير المالية فهي لازمة غير قابلة للفسخ، أي لا يمكن للعاقدين أن يتراضيا عن فسخه وإبطاله [5].

---

[1] ابن رجب الحنبلي . **القواعد** مرجع سابق.ص٧٤.

[2] **المهايأة** : هي الاتفاق على قسمة المنافع على التعاقب ،كأن تكون العين المشتركة لهذا يوم ولهذا يوم وهكذا ،انظر **الهداية شرح بداية المبتدي**.٤/٥١-٥٢.

[3] الهاشمي. **أحكام تصرفات الوكيل** .مصدر سابق. ص٧٣.

[4] التركماني . **ضوابط العقد في الفقه الإسلامي** مرجع سابق.ص٣٥٣ .**وأبو زهرة. محمد.الملكية ونظرية العقد** مرجع سابق.ص٤٢٢.

[5] التركماني .**ضوابط العقد في الفقه الإسلامي** مرجع سابق.ص٢٦٨ .شلبي **المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي**. ص٥٦٧.الزرقا. **المدخل الفقهي العام**. مرجع سابق ٥٧٨/١ .حماد .**معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء**. مرجع سابق ص٣١٦ .الهاشمي. **أحكام تصرفات الوكيل**. مرجع سابق. ص٧٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومما سبق يتبين أن المعاوضة هي المبادلة التي تقوم على أساس إنشاء التزامات متقابلة بين المتعاقدين.

## المطلب السادس: أنواع عقود المعاوضات المالية:

ولعقود المعاوضات أنواع متعددة وهي على النحو الآتي[1]:

١ - مبادلة مال بمال كالبيع والسلم ونحو ذلك

٢ - مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والمزارعة والمساقاة

٣ - مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة، كالنكاح والخلع

٤ - مبادلة منفعة بمنفعة، كالمهايأة

ومجال البحث يتركز على النوع الأول والثاني فقط

إن الاستعمال الاصطلاحي للمعاوضة في الأغلب والأعم في لغة الفقهاء يراد به المعاوضة المحضة التي تقوم على أساس تبادل العوض سواء أكان مالاً أم منفعةً.

وبسبب اتساع المعاوضة وشمولها على أنواع مختلفة من المبادلة، قيدت بالمالية حتى يتم تحديد العقود التي يتناولها موضوع بحثنا من عقود المعاوضات، التي تقوم على أساس تبادل الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة بين أطراف العقد .

[1] ابن تيمية .أحمد بن عبد الحكيم .**مجموع الفتاوى**. ٥/٤. القرة داغي.**مبدأ الرضا في العقود**. ١٥٠/١-١١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# الباب الثاني: عقود التمليك:

ويشمل:

**الفصل الأول:تحول الأحكام في عقد البيع**

**الفصل الثاني: تحول الأحكام في عقد الإجارة**

**الفصل الثالث: تحول الأحكام في عقد المضاربة**

**الفصل الرابع: تحول الأحكام في عقد الهبة**

**الفصل الخامس: تحول الأحكام في عقد السلم**

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# الفصل الأول:تحول الأحكام في عقد البيع

المبحث الأول:مفهوم البيع:

المطلب الأول: البيع لغةً:

المطلب الثاني: البيع اصطلاحًا:

المطلب الثالث: البيع في القانون المدني الأردني:

المبحث الثاني: أركان عقد البيع:

المبحث الثالث: أوصاف عقد البيع

المبحث الرابع: تحول بيع الوفاء إلى رهن:

المطلب الأول: شروط بيع الوفاء عند من يجيزه:

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على بيع الوفاء

المطلب الثالث: موقف القانون المدني الأردني من بيع الوفاء:

المبحث الخامس: تحول البيع إلى إقالة:

المبحث السادس: تحول البيع إلى سلم:

المبحث السابع : تحول البيع إلى هبة:



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## تمهيد

يعد عقد البيع أهم العقود وأكثرها انتشارًا وممارسة في الحياة البشرية قديمًا وحديثاً، ويقترن بوجود الحياة الاجتماعية بين الناس، فيسهل لهم التعاون في تبادل المنافع والأموال، فإذا كان المال هو عصب الحياة، فإن الإنسان ينفق نسبة كبيرة منه لشراء ضرورياته وحاجياته وكمالياته، وهذا الشراء يقتضي أن يكون هناك عقد بيع، ولهذه الأهمية أهتم المشرع الحكيم به، وفصل في أحكامه، وكذلك نجد القوانين الوضعية قد اهتمت به، ولكن هل كل عقد ورد فيه لفظ البيع يعتبر بيعاً؟ أم هل هناك من العقود ما ورد فيها لفظ البيع ولكن أريد به عقداً آخر؟ هذا ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

### المبحث الأول:مفهوم البيع:

#### المطلب الأول: البيع لغةً:

باعه يبعه بيعاً ومبيعاً، فهو بائع، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة، ويطلق البيع على المبيع[1].

والبيع من الأضداد، مثل الشراء، فباع وشرى بمعنى واحد، وابتاع واشترى كذلك بمعنى واحد، قال تعالى، "

⌘☠➰♎🕓◆❻⍓⑩ 🖫▪⬂③❐🗎 ⊙⮫⍓☺⬩✞➰📪 ⭠■⬃❐◆❸•⌖◆❐

👌♦➔⬃⑨⭠❐⑩⍓❐🖮 "[2] أي باعوه. والقياس مباعة، إذا باعه وإذا اشتراه ضد، وهو مبيع ومبيوع.[3]

وفي الحديث: " **لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبع على بيع أخيه**"[1]أي لا يشتر على شراء أخيه، فإنما وقع النهي على المشتري لا على البائع، والشيء مبيع ومبيوع، مثل مخيط ومخيوط، ويقال للبائع والمشتري معاً " بيعان" بتشديد الياء، وأباع الشيء أعرضه للبيع[2].

---

(١) الفيروزبادي. **القاموس المحيط**.مرجع سابق. ص١٨٧. الجوهري. **الصحاح**. مرجع سابق. ٩٢٣/٢.

(٢) **سورة يوسف** آية ٢٠

(٣) ابن منظور . **لسان العرب**. مرجع سابق. ٥٦٨/١. ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. مرجع سابق. ص١٤٧. الفيومي . **المصباح المنير**. مرجع سابق. ٨٦/١



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثاني: البيع اصطلاحاً:

لقد عرف الفقهاء البيع تعريفات متعددة أذكر منها:

فقد عرف الحنفية البيع: "مبادلة المال بالمال بالتراضي"[٣]، فقد قيد الحنفية البيع بالتراضي لأنه لا يفهم من باع زيد ثوبه إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصباً، أو إعطاء شيء آخر من غير تراض، لا يعتبر بيعاً[٤].

أما المالكية فقد عرفوا البيع: "بأنه عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة ملذة[٥]وبتقييد المالكية " بغير المنافع"للاحتراز عن مثل الإجارة، والتقييد " ولا متعة ملذة" وذلك للاحتراز من النكاح.

أما الشافعية فقد عرفوا البيع بقولهم: " عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة "[٦] وتقييده بالمعاوضة يخرج الهدية، وبالمالية يخرج النكاح، وبإفادة ملك العين يخرج الإجارة، وبالتأبيد يخرج الإجارة، وبغير وجه القربة يخرج القرض[٧].

وعرف الحنابلة البيع:"أنها مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكًا"[٨]، وهذا التعريف في مضمونه يندرج تحت التعاريف السابقة.

## المطلب الثالث: البيع في القانون المدني الأردني:

---

(١) **رواه البخاري**. محمد بن إسماعيل. أبو عبد البخاري. دار ابن كثير. ط٣.بيروت. تحقيق مصطفى البغا. ١٩٧٥/٥. حديث رقم. ٤٨٤٨. واللفظ له. **ومسلم**. مسلم بن حجاج النيسابوري. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي. ١٠٢٩/٢. حديث رقم. ١٤٠٨.

(٢) الرازي. **مختار الصحاح**. مرجع سابق ص٧١

(٣) الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. مرجع سابق. ٣/٤. البابرتي. **العناية شرح الهداية**. مرجع سابق ٢٤٧/٦. ابن نجيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. مرجع سابق ٢٧٧/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٢/٣.

(٤) البابرتي. **العناية شرح الهداية**. مرجع سابق ٢٤٧/٦. ابن نجيم. **البحر الرائق**. مرجع سابق ٢٧٧/٥.

(٥) ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق ٢/٣. الدردير. **حاشية الصاوي على الشرح الصغير** مرجع سابق.١٣/٣.

(٦) قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٩٢/٢. الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. مرجع سابق ٢/٢. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. مرجع سابق ٢١٥/٤. الرملي. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. مرجع سابق ٣٧٢/٣. الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق ١٦٩/٩

(٧) قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٩٢/٢.

(٨) المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق ٢٦٠/٤. ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق ٤/٤. البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق ١٤٦/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لقد ورد تعريف عقد البيع في القانون المدني الأردني بنص المادة ٤٦٥، حيث جاء فيها :" البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"[١]

ومن خلال ذلك يتضح أن القانون المدني الأردني عند تعريفه للبيع، قد ركز على طبيعة العقد وماهيته، باعتباره ناقلاً لإحدى الأموال أو الحقوق المالية، دون أن يحدد العوض الذي يكون مقابلاً لنقل الملكية في عقد البيع، هل هو مبلغ من النقود أم أي شيء آخر، مما يثير في الذهن أن البيع يشمل المقايضة، لأن المقايضة هي مبادلة مال بمال، إلا أن المشرع الأردني تدارك مثل هذا الأمر وعرف المقايضة في المادة"٥٥٢" منه بأنها: "مبادلة مال أو حق مالي بعوض ليس من النقود"[٢] أما البيع فهو بمفهوم المخالفة بنص هذه المادة يجب أن يتم مقابل عوض يكون عبارة عن مبلغ من النقود[٣] .

وفي معجم مصطلحات الشريعة والقانون أن البيع هو : عقد يلتزم أحد طرفيه بنقل مال أو حق مالي إلى الطرف الآخر، مقابل بدل نقدي.[٤]

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت البيع: "أنه مبادلة مال بمال"[٥] ويعني ذلك أن البيع هو تمليك مال مقابل مال على وجه مخصوص، وهذا التعريف كما أنه تعريف للبيع فهو تعريف للشراء أيضاً[٦]

وبقوله مبادلة مال بمال، تخرج الإجارة، لأنها بدل منفعة، وأيضا تخرج الهبة والإعارة.

---

(١) القانون المدني الأردني. رقم ٤٣. سنة ١٩٧٦. **موسوعة التشريعات والبحوث والاجتهادات القضائية**. قسم البحوث والدراسات القانونية. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع٢٠١٠م. ص١٢٠

(٢) القانون المدني الأردني. رقم ٤٣. سنة ١٩٧٦. **موسوعة التشريعات والبحوث والاجتهادات القضائية**. قسم البحوث والدراسات القانونية . ص١٤٢

(٣) منذر. الفضي. صاحب الفتلاوي. **العقود المسماة**. ط٢. دار الثقافة. عمان. ١٩٩٥م. ص٢١. الزعبي. **العقود المسماة**. شرح عقد البيع في القانون الأردني. ص١٨.

(٤) كرم. عبد الواحد، **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**. مرجع سابق ص٩٠

(٥) حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق ١٠٦/١

(٦) حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق ١٠٦/١



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والملاحظ مما سبق أن تعريف القانون المدني الأردني لعقد البيع يختلف عنه في الفقه الإسلامي، حيث أن تعريف القانون جاء مقتصراً فقط على نوع واحد من البيوع وهو البيع المطلق، أما مفهومه في الفقه الإسلامي فقد جاء واسعاً بحيث يشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف وبيع السلم.

## المبحث الثاني: أركان عقد البيع:

للفقهاء خلاف مشهور في تحديد الأركان في البيع وغيره من العقود، هل هي الصيغة –الإيجاب والقبول– أم مجموع الصيغة والمتعاقدين –البائع والمشتري– والمتعاقد عليه أو محل العقد –المبيع والثمن–؟

فجمهور الفقهاء من مالكية[1] وشافعية[2] وحنابلة[3] يرون أن هذه كلها أركان للبيع، لأن الركن عندهم: ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره عقلاً، سواءً أكان جزءاً من حقيقته أم لم يكن، ووجود المبيع يتوقف على المتعاقدين والمتعاقد عليه، وإن لم يكن هؤلاء جزءا من حقيقته[4].

ويرى الحنفية[5] أن الركن في عقد البيع وغيره: هو الصيغة فقط، أما المعاقدان والمحل مما يستلزمه وجود الصيغة لا من الأركان، الأركان، لأن ما عدا الصيغة ليس من أركان البيع، وإن كان يتوقف عليه وجوده[6].

وقد قمت ببحث هذه الأركان في الفصل التمهيدي تحت موضوع أركان العقد، ولا مجال للتكرار هنا.

## المبحث الثالث: أوصاف عقد البيع

---

(1) أحمد الصاوي. **الصاوي على اشرح الصغير**. مرجع سابق ١٣/٣. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي** مرجع سابق.٣/٢. الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي** مرجع سابق.٥/٥.

(2) النووي. **المجموع**.دار إحياء التراث العربي. بيروت. ١٧٤/٩. الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. المكتبة الإسلامية.٢/٢.

(3) ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق ٤/٤. المرداوي. مرجع سابق **الإنصاف**. ٢٦٤/٤. البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق ١٤٦/٣. الرحيباني . **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق ٤/٣.

(4) ابن عرفة. **حاشية الدسوقي** مرجع سابق.٣ /٢. الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي**. مرجع سابق ٥/٥.الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. المكتبة الإسلامية. ٢/٢.البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق ١٤٦/٣. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق ٤/٣.

(5) البابرتي. **العناية شرح الهداية**. مرجع سابق ٢٤٨/٦. الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق ٢/٤. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٢/٣. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق ٥٣/٤.

(6) البابرتي. **العناية شرح الهداية**. مرجع سابق ٢٤٨/٦. الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق ٢/٤. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٢/٣. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق ٥٣/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لعقد البيع أوصاف عدة أذكر منها:

١. أنه عقد معاوضة مالية بين طرفين، فيعطى كل متعاقد مقابلاً لما يأخذ[١]:.

ومعنى ذلك أن كل طرف من الطرفين المتعاقدين وهما البائع والمشتري يأخذ مقابلاً لما يقدم للطرف الآخر، إذ أن البائع يحصل على ثمن نقدي في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، ويجب أن يكون الثمن الذي يحصل عليه البائع متناسباً مع قيمة الشيء المبيع، هذا ويشترط في الثمن أن يكون مبلغاً من النقود، فإذا التزم المشتري بأن يقدم للبائع أداء شيء آخر غير النقود كان العقد مقايضة وليس بيعاً.وإذا انعدم المقابل الذي يحصل عليه البائع من المشتري فإن العقد يصبح هبة ولا يعد بيعًا[٢].

٢. أنه عقد رضائي:والعقد الرضائي هو العقد الذي لا يتطلب المشرع لانعقاده شكلاً معيناً وإنما يكفي تراضي الطرفين على عناصر العقد أي يكفي التعبير عن الإرادة لأجل انعقاد العقد، أياً كان شكل هذا التعبير سواء كان شفاهةً أو كتابةً أو بالإشارة الدالة على الموافقة على العقد.فهو يستهدف فيه كلا الطرفين الحصول على مال مقابل ما يؤدي إلى الطرف الآخر[٣].

٣. أنه عقد ناقل للملكية وملزم للجانبين:فيلتزم البائع في عقد البيع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر، فالبيع عقد ينشئ التزام البائع بنقلها، وهذا أهم خصائص عقد البيع، فورد تصنيفه في التشريعات المدنية ضمن زمرة العقود الواردة على الملكية، فالقانون لا يعد البيع بحد ذاته ناقلاً للملكية، بل ينشئ التزاماً بذلك، بينما تذهب التشريعات الإسلامية إلى أن انتقال الملكية أمر تلقائي، فهو مقتضى عقد البيع أو موجبه.

---

[١] الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق ٣/٤. ابن نجيم. **البحر الرائق**. مرجع سابق ٢٧٧/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٢/٣ ابن عابدين. **حاشية رد المحتار على الدر المختار** . مرجع سابق ١٠/٧ وما بعدها. الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق ١٦٦/٥. الزحيلي. محمد. **القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي**. مرجع سابق ص٥٢-٥٥. أنور سلطان. **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**. مرجع سابق ص١٧. جاك الحكيم . **العقود المسماة " عقد البيع"** مرجع سابق ص٢٢.

[٢] الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق ١٦٦/٥.. الزحيلي. محمد. **القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي**. مرجع سابق ص٥٢-٥٥.. أنور سلطان. **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**. مرجع سابق ص١٧. جاك الحكيم. **العقود المسماة " عقد البيع"** مرجع سابق ص٢٢.

[٣] ابن عرفة. **حاشية الدسوقي** مرجع سابق. ٢/٣الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي**. مرجع سابق ٥/٥. الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. مرجع سابق ٢/٢. الرملي. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. مرجع سابق ٣٧٢/٣. ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق ٥٦١/٣. . البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق ١٤٦/٣. المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق ٢٦٠/٤



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤. أنه عقد محدد: فالأصل أن عقد اليع هو عقد محدد القيمة، لأن كل من الطرفين المتعاقدين وهما البائع والمشتري يعلم أو يستطيع أن يعلم في لحظة إبرام العقد مقدار ما يعطي، فيستطيع كل متعاقد أن يحدد قيمة ما يعطي بمقتضى العقد وقيمة ما يأخذ، دون أن يتوقف ذلك على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقود الغرر[١] [٢].

وبذلك أكون قد أنهيت عرض مقدمة لمفهوم عقد البيع وأركانه وأوصافه، والبدء ببيان مدى تحول الأحكام في عقد البيع.

---

(١) **الغرر**:هي توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية. وذلك كأن يقول البائع للمشتري: إن مالي يساوي كذا وهو لا يساوي ذلك. فخذه . أو يقول المشتري للبائع: إن مالك لا يساوي أكثر من كذا. وهو يساوي أكثر من ذلك. فبعه. أنظر:على حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق . المادة ١٦٤. ١/١٣٠.

(٢) الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق ٣/٤. ابن نجيم. **البحر الرائق**. مرجع سابق ٢٧٧/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٢/٣ ابن عابدين. **حاشية رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق ١٠/٧ وما بعدها. الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق = =١٦٦/٥.. الزحيلي . محمد . **القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي**. ص٥٢–٥٥.. أنور سلطان. **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**. ص١٧. جاك الحكيم. **العقود المسماة "عقد البيع"** ص٢٢



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الرابع: تحول بيع الوفاء[1] إلى رهن[2]:

وصورته: أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بدين لك علي، على أني متى قضيت الدين فهو لي، أو يقول البائع : بعتك هذا بكذا، على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين لي.

---

(1) بيع الوفاء: هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن رد المشتري إليه المبيع. وقد سمي بيع الوفاء بهذا الاسم لما فيه من تعهد بالوفاء من قبل المشتري. يرد المبيع مقابل رد الثمن. ويعد بيع الوفاء نوعاً خاصاً من البيوع يتعهد بموجبه المشتري بأن يرد المبيع إلى البائع فيما لو رد هذا الأخير الثمن خلال مدة معينة . أنظر المادة "١١٨" من **مجلة الأحكام العدلية**. لعلي حيدر. دار الجيل ١١١/١. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**.٢٧٦/٤ .

**تسميات بيع الوفاء:** لقد أطلق الفقهاء المسلمون على هذا البيع تسميات مختلفة منها: بيع الطاعة و البيع الجائز وبيع المعاملة. وقد أطلق عليه المالكية تسمية بيع الثنايا. وذلك لأنهم يعتبرون هذا النوع صورة من بيوع الثنايا. وهي بيوع الشروط. مثل أن يبيع السلعة على أن لا يبيع ولا يهب. أو على أن لا يخرج بها من البلد. أو على أنه إذا باعها فهو أحق بها بالثمن الذي يبيعها به . وما إلى ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير في السلعة .والثنيا يعني الثنوة وهي الاستثناء. وسميت بهذا الاسم لأنها مستثناه من البيوع الصحيحة المتفق على صحتها بين الفقهاء في حكمها. وأطلق عليه الشافعية أسم بيع العهدة. نظرًا لما فيه من تعهد من جانب المشتري برد المبيع عندما يرد الثمن له . وسماه الحنابلة بيع الأمانة. وذلك لأن معنى الأمانة ملحوظ في التزام المشتري برد المبيع متى رد البائع الثمن.أنظر: ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. ٢٧٦/٥. ابن نجيم. **البحر الرائق**. دار الكتاب الإسلامي. ٧/٦. الزيلعي. **تبيين الحقائق** . دار الكتاب الإسلامي. ١٨٢/٥. محمد فرموزا. **درر الحكام شرع غرر الأحكام**. ٢٠٧/٢. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. ٢٠٩/٣. أبن رشد. **بداية المجتهد**. ١٠٣/٢. الحطاب. **مواهب الجليل**. ٣٧٢/٤. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. دار إحياء الكتب العربية. ٧١/٣. عليش. **منح الجليل شرح مختصر خليل**. دار الفكر. ٥٤/٥.الرصاع. **شرح حدود ابن عرفة**. المكتبة العلمية. ص٢٥٧. ابن حجر الهيتمي. **الفتاوى الكبرى**. ٢٣٠/٢. البهوتي. **كشاف القناع** . دار الكتب العلمية. ١٤٩/٣. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. المكتب الإسلامي. ٣٠٤/٣. المقدسي. **الإقناع**. ٥٨/٢.

**خصائص بيع الوفاء:** يتسم عقد بيع الوفاء بالعديد من الخصائص منها:=

١. أنه عقد معاوضة ملزم للجانبين. إذ يلتزم فيه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري يدفع الثمن.

٢. أنه عقد غير لازم نظرا لقابليته للفسخ من قبل الطرفين.=

٣. أنه من عقود الضمان العيني. لأنه من يلجأ إلى بيع الوفاء هو المحتاج إلى لنقد. فيضطر إلى بيع عقاره بيع وفاء على أن يرد له إذا رد الثمن . فالثمن الذي يدفعه المشتري هو بمترلة الدين . والمبيع الذي يتسلمه يكون ضماناً لاستيفاء حقه من البائع المدين. أنظر: الهادي. السعيد عرفة. **حكم بيع الوفاء**. وهل يعتبر رهنا. بحث منشور في مجلة = البحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق جامعة المنصورة. العدد ١٧. ١٩٩٥م. ص٢٢٨.. العبيدي . على هاوي. **بيع الوفاء**. دارسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي.بحث منشورة في جامعة اربد الأهلية. ص٥

(2) **الرهن:** هو توثيق دين بعين. أي جعل عين مالية وثيقة بدين. يمكن أخذه أو أخذ بعضه منها. إذا كانت من جنس الدين. أو تمكن أخذه أو بعضه من ثمنها إن لم تكن من جنس الدين إن تعذر الوفاء من غيرها. أنظر البهوتي. **كشاف القناع**. دار الكتب العلمية. ٣٢١/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هذا وقد أختلف الفقهاء في حكم هذا البيع إلى ثلاثة مذاهب:

**المذهب الأول**: دهب المالكية[١] والحنابلة[٢] وقول للحنفية[٣] وقول للشافعية[٤] إلى أن هذا البيع –بيع الوفاء- فاسد، فهم يعتبرونه كبيع المكره، وبذلك فقد أجروا عليه أحكام البيع الفاسد، كثبوت ملكية المبيع للمشتري إذا حصل القبض، وثبوت حق البائع في فسخ العقد.

فقد ذكر الرصاع[٥] في كتابه ما نصه: " فمن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له، قال فيها: وأنه لا يجوز لأنه سلف جر نفعاً"[٦]

وقد استدلوا على فساده بما يلي:

---

(١) ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. دار إحياء الكتب العربية. مرجع سابق. ٧١/٣. عليش. **منح الجليل شرح مختصر خليل**. درا الفكر. مرجع سابق . ٥٤/٥. الباجي. **المنتقى شرح الموطأ**. درا الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٢١/٤. الرصاع. محمد بن قاسم . **شرح حدود ابن عرفة**. المكتبة العلمية . مرجع سابق. ص٢٥٧.

(٢) البهوتي. **كشاف القناع**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ١٤٩/٣. الرحيباني. **مطالب أولي النهى** . المكتب الإسلامي . مرجع سابق . ٣٠٤/٣.المقدسي. **الإقناع**. مرجع سابق. ٥٨/٢. ابن رجب الحنبلي. **القواعد**. دار الكتب العليمة. مرجع سابق. قاعدة ٣٧.ص٤٨.

(٣) الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق**. ١٨٣/٥. ابن نجيم. **البحر الرائق**. ٨/٦. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. ٢٠٩/٣.

(٤) ابن حجر الهيتمي. شهاب الدين أحمد بن محمد.. **الفتاوى الكبرى الفقهية** . دار الكتب العلمية . ط١. ١٩٩٧م. ٢٣٨/٢.الخطيب الشر بيني. **مغني المحتاج**. دار الكتب العلمية. ٣٨٢/٢. الرملي. **نهاية المحتاج**. دار الفكر. ٤٥٣/٣.

(٥) **الرصاع**(٨٩٤ هـ = ١٤٨٩ م) محمد بن قاسم الانصاري، أبو عبد الله، الرصاع: قاضي الجماعة بتونس ولد بتلمسان، ونشأ واستقر بتونس (٨٣١) وعاش وتوفي بها. وله فيها عقب إلى الان. اقتصر في أواخر أيامه على إمامة جامع الزيتونة والخطابة فيه، متصدرا للافتاء وإقراء الفقه والعربية. وعرف بالرصاع لان أحد جدوده كان نجارا يرصع المنابر . له كتب، منها (التسهيل والتقريب والتصحيح لرواية الجامع الصحيح) و (تذكرة المحبين في شرح أسماء سيد المرسلين) و (الجمع الغريب في ترتيب آي مغني اللبيب ) أنظر: الزركلي . خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الدمشقي (المتوفى : ١٣٩٦هـ) **الأعلام** دار العلم للملايين الطبعة الخامسة عشر – أيار / مايو ٢٠٠٢ م ص ٥/٧

(٦) الرصاع. **شرح حدود ابن عرفة**. المكتبة العلمية. مرجع سابق. ص٢٥٧. أنظر أيضا: الحطاب. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**. دار الفكر. مرجع سابق. ٣٧٣/٤. عليش. **فتح العلي المالك**. دار المعرفة. مرجع سابق. ٢٩٠/١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١. لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحكمه، وهو ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام.

٢. أن في هذا الشرط منفعة للبائع، و لم يرد دليل معين يدل على جوازه، فيكون شرطاً فاسداً يفسد المبيع باشتراطه فيه.

٣. ولأن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع،بشرط الوفاء، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل، ومنفعة المبيع هي الربح، والربا باطل في جميع حالاته.(١)

**المذهب الثاني:** فقد ذهب بعض الحنفية(٢) والشافعية(٣) إلى أن بيع الوفاء بيع جائز مفيد لبعض أحكامه، وهو انتفاع المشتري بالمبيع –دون بعضها– وهو البيع من آخر.

فقد قال الزيلعي: " من مشايخ سمرقند من جعله بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه، منهم نجم الدين النسفي، فقال : اتفق مشايخنا هذا الزمان فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه، وهو الانتفاع به دون البعض، وهو البيع."(٤)

ودليلهم في ذلك: أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه، فراراً من الربا، فيكون صحيحاً لا يفسد البيع باشتراطه فيه، وإن كان مخالفاً للقواعد، لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع(٥) وسيأتي بحث عقد الاستصناع في فصل خاص إن شاء الله.

---

(١) ابن نجيم. **البحر الرائق**. مرجع سابق. ٨/٦ الحطاب. **مواهب الجليل في شرح مختصر** خليل. دار الفكر مرجع سابق .. ٣٧٣/٤ ابن رجب الحنبلي. **القواعد**. دار الكتب العليمة مرجع سابق.. قاعدة ٣٧. ص٤٨. ابن حجر الهيتمي. شهاب الدين أحمد بن محمد.. **الفتاوى الكبرى الفقهية**. دار الكتب العلمية. ط١. ١٩٩٧م. ٢٣٨/٢.الرصاع. **شرح حدود ابن عرفة**. المكتبة العلمية. مرجع سابق. ص٢٥٧

(٣) ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٢٧٦/٤. الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق. ١٨٤/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية** . مرجع سابق. ٢٠٩/٣.

(٢) ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٢٧٦/٤. الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق. ١٨٤/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية** . مرجع سابق. ٢٠٩/٣.

(٣) ابن حجر الهيتمي. شهاب الدين أحمد بن محمد.. **الفتاوى الكبرى الفقهية**. دار الكتب العلمية. ط١. ١٩٩٧م. ٢٣٨/٢.

(٤) الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. ١٨٤/٥. أنظر أيضا: الطرابلسي. علاء الدين على بن خليل. **معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام**. دار الفلئو.ص١٤٦

(٥) ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. ٤ مرجع سابق. /٢٧٦. الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق. ١٨٤/٥.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فيتضح مما سبق أن أنصار هذا الرأي قد أجازوا بيع الوفاء استحساناً أي استثناءً من القواعد العامة، استجابة لدواعي الضرورة والمصلحة.أي أنه مثلاً يجوز الانتفاع بالمبيع ولكن لا يمكن بيعه.

**المذهب الثالث:** ذهب أبو شجاع[1] وعلي السعدي والقاضي أبو الحسن الماتريدي من الحنفية[2] إلى أن بيع الوفاء رهن وليس بيعاً،وذلك لأن البائع قد اشترط على المشتري أخذ المبيع عند قضاء الدين، وبذلك يكون قد أتى بمعنى الرهن، ولأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين، ولأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

فقد ذكر الطرابلسي قوله: " عن فتاوى النسفي قال: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا، وسموه بيع الوفاء، هو رهن في الحقيقة، لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه، وهو ضامناً لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكهولو بقي لا تضمن الزيادة وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام."[3]

وقال ابن عابدين: " في بيع الوفاء قولان، الأول: أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه، من حل الانتفاع به، إلا أنه لا يملك المشتري بيعه، قال: الزيلعي في باب الإكراه، وعليه الفتوى، الثاني: القول الجامع لبعض المحققين: أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، صحيح في حق بعض الأحكام، كحل منافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه، وسقط الدين بهلاكه، فهو مركب من العقود الثلاثة، كالزرافة، فيها صفة البعير والبقرة والنمر، جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبيهما "[4]

وقال صاحب بغية المسترشدين من متأخري الشافعية: " بيع العهدة صحيح جائز وتثبت به الحجة شرعاً وعرفاً على القائلين به، ولم أر من صرح بكراهته، وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم، وحكم بمقتضاه الحكام، وأقره من

---

(١) **أبو شجاع:** أحمد بن الحسين بن أحمد، أبو شجاع، شهاب الدين أبو الطيب الأصفهاني عاش ما بين(٥٣٣ - ٥٩٣ هـ = ١١٣٨ - ١١٩٧ م): فقيه من علماء الشافعية. له كتب، منها (التقريب – ط) فقه، ويسمى (غاية الاختصار) و (شرح إقناع الماوردي). أنظر: **الأعلام**،خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى : ١٣٩٦هـ)،: دار العلم للملايين،الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢م ١/١١٧.

(٢) ابن عابدين. محمد أمين عمر . **تنقيح الفتاوى الحامدية**. دار المعرفة. ٢٤١/١. الطرابلسي. **معين الحكام**. مرجع سابق . ص١٤٧. فرموزا . **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية. ٢٠٧/٢. البغدادي. غانم بن محمد. **مجمع الضمانات**. دار الكتاب الإسلامي.ص٢٤٢.

(٣) الطرابلسي. **معين الحكام**. مرجع سابق. ص١٤٦. وورد أيضا في فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. مرجع سابق.٢٠٧/٢.

(٤) ابن عابدين: محمد أمين عمر، **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٢٧٧/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يقول به من علماء الإسلام، مع أنه ليس من مذهب الشافعي، وإنما اختاره من اختاره ، للضرورة الماسة إليه، ومع ذلك فلا اختلاف في صحته من أصله وفي التفريع عليه، لا يخفى على من له إلمام بالفقه"[1].

لذا يثبت في هذا العقد جميع أحكام الرهن، أذكر منها:

١. لا يملكه المشتري ولا ينتفع به، ولو استأجره لم تلزمه أجرته، كالراهن إذا استأجر المرهون من المرتهن.

٢. يسقط الدين بهلاكه، ولا يضمن ما زاد عليه.

٣. إذا مات الراهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء[2]

ودليلهم في ذلك:

١. أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، ولهذا كانت الهبة بشرط العوض بيعاً، وكانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وأمثال ذلك كثيرة في الفقه.

٢. أن هذا البيع لما اشترط فيه أخذ المبيع عند رد الثمن كان رهناً، لأنه هو الذي يؤخذ عند أداء الدين.[3]

## المطلب الأول: شروط بيع الوفاء عند من يجيزه:

لتطبيق أحكام بيع الوفاء شرطان عند من يجيزه، لا بد من توافرهما، وهما:

١. أن ينص في العقد على أنه متى رد البائع الثمن رد المشتري المبيع.

٢. سلامة البدلين، فإن تلف المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين، -أي الثمن- سقط من الدين في مقابله، وإن كانت زائدة على مقدار الدين، وهلك المبيع في يد المشتري، سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين، وهو في هذا كالرهن عند الحنفية.[4]

---

(١) الحضرمي. السيد باعلوي. **بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة المتأخرين**. ص١٣٢.

(٢) الزرقا. أحمد محمد. **شرح القواعد الفقهية**. ط٢. دار القلم. دمشق. ٥٦-٥٨. الفتلاوي. صاحب عبيد. **تحول العقد**. مكتبة دار الثقافة. عمان . ١٤١٨هـ. ط١. ص١٤.

(٣) الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق. ١٨٤/٥. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٢٧٦/٤. الطرابلسي. **معين الحكام** . مرجع سابق. ص١٤٧. البغدادي. **مجمع الضمانات**. مرجع سابق. ص٢٤٢.

(٤) ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٢٧٦/٥. فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. ٢٠٧/٢. ابن عابدين. **تنقيح الفتاوى الحامدية**. مرجع سابق. ٢٣١/٢.الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق. ٢٠٩/٣ المواق. **التاج والإكليل**. دار الكتب العلمية. ٢٤٢/٦. الباجي . **المنتقى شرح الموطأ**. مرجع سابق. ٢١٠/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

### المطلب الثاني: الآثار المترتبة على بيع الوفاء:

هناك آثار تترتب على بيع الوفاء عند من يجيزه، أجملها فيما يلي:

١. عدم نقل الملكية، فلا يحق للمشتري التصرف الناقل للملك كالبيع والهبة، ويجوز أن يشترط في بيع الوفاء أن تكون منافع المبيع للمشتري[1].

٢. حق البائع في استرداد المبيع، فيحق للبائع أن يسترد مبيعه إذا دفع الثمن للمشتري في حالتي التوقيت وعدمه[2].

٣. البائع والمشتري في البيع بالوفاء مقتدران على الفسخ.

٤. أثر موت أحد المتعاقدين في بيع الوفاء، فإذا مات المشتري أو البائع بيع وفاء، فإن ورثته يقومون مقامه في أحكام الوفاء نظراً لجانب الرهن[3].

٥. إذا تلف المبيع وفاء في يد المشتري، سقط من الدين بمقداره، ولو كان ذلك بدون تعد فيه، يميز المشتري وفاء عن غيره في أخذ المبيع[4].

### المطلب الثالث: موقف القانون المدني الأردني من بيع الوفاء:

لم يتطرق القانون المدني الأردني لحكم بيع الوفاء، وعليه ينبغي الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية، التي تعد جزءاً لا يتجزأ من القانون المدني الأردني، لأن هذا الأخير لم يلغ من مجلة الأحكام العدلية إلا الأحكام التي تتعارض مع نصوصه [5]، وهذا يعني أن كل

---

(١) حيدر. على. درر الحكام **شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل. ٤٣٠/١. الطرابلسي. **معين الحكام**. ص١٤٨. **الفتاوى الهندية**. ٢٠٩/٣. عليش. **فتح العلي المالك**. مرجع سابق. ٢٩٦/١.

(٢) ابن نجيم. **البحر الرائق**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٧/٦. ابن عابدين. **تنقيح الفتاوى الحامدية**. مرجع سابق. ٢٣١/٢. على حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق. ٤٣٠/١

(٣) فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. مرجع سابق. ٢٠٧/١. على حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية.دار الجيل** ١١٢/١ ابن عابدين. **تنقيح الفتاوى الحامدية**. مرجع سابق. ٢٣١/٢. عليش. **فتح العلي المالك**. مرجع سابق. ٢٩٥/١.

(٤) السرخسي. **المبسوط**. دار المعرفة. مرجع سابق. ٥/٢٦. على حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق. ٤٣٠/١. الطرابلسي. **معين الحكام** مرجع سابق. ص١٤٧.

(٥) فقد نصت المادة ١٤٤٨ من القانون المدني الأردني على مايلي:"يلغي العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية" أنظر القانون المدني الأردني. **موسوعة التشريعات**. مرجع سابق. ص٣٦٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مسألة لم يرد بها نص في القانون المدني ا لأردني يجب الرجوع فيها إلى نصوص المجلة[1]، لذا فإن موقف المشرع الأردني من بيع الوفاء توضحه المادة "١١٨" من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن: " بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز، بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدراً على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير"[2].

فيتضح من هذا النص أن المشرع الأردني قد أعترف ببيع الوفاء، فلم يبطله، و لم يجعله بحكم الرهن، وإنما اعتبره عقداً صحيحاً مركباً من ثلاثة عقود " البيع الصحيح والبيع الفاسد، والرهن" وهو متفق مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية السالف الذكر.

ويبدو من موقف القانون المدني الأردني أنه قد راعى حاجة الناس لهذا البيع كبديل عن الربا الذي منعه[3].

**الرأي الراجح:**

أرجح الرأي الذي يقول أن هذا النوع من العقد، هو عقد رهن وليس بيعاً، وذلك لأن المتعاقدين وإن سمياه بيعاً ، لكن غرضهما ليس البيع وإنما الرهن وتوثيق الدين، والعاقد يقول لكل واحد بعد هذا العقد : لقد رهنت ملكي لفلان، والمشتري يقول : ارتهنت ملك فلان، والعبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فعلى ذلك يعتبر هذا العقد عقد رهن لا عقد بيع تجري عليه أحكام الرهن.

---

(١) العبيدي. على هادي. **بيع الوفاء**. مرجع سابق. ص١٥.

(٢) حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل. ١/١١١.

(٣) قد نصت المادة " ٦٤٠" : إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض. لغا الشرط وصح العقد . أنظر القانون المدني الأردني. **موسوعة التشريعات**. مرجع سابق. ص١٦٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

### المبحث الخامس: تحول البيع إلى إقالة[1]:

وصورته: أن يقول البائع للمشتري: بعني المال الذي اشتريته مني بكذا قرشاً، فيبيعه المشتري ذلك، ويقبل البائع.فيبيع المشتري المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول.

ففد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[2] وبعض الحنابلة[3] إلى اعتباره بيعاً لا فسخاً.

(١) **مفهوم الإقالة:** الإقالة في اللغة: مصدر أقال. يقيل إقالة. وأقلته البيع إقالة. وهو فسخه. وقيل الإقالة مشتقة من القول. والهمزة للسلب. أي إزالة القول السابق. أنظر: الجوهري. **الصحاح**. مرجع سابق. ١٨٠٨/٥. ابن منظور **لسان العرب**. مرجع سابق. ٣٧٥/١١. الفيومي. **المصباح المنير**. مرجع سابق. ٥٢١/٢.

**أما اصطلاحا:** لقد عرفت الإقالة بتعريفات كثيرة. ولكن مؤداها واحد. وإن كان فيها بعض الاختلاف. أذكر منها تعريف مجلة الأحكام العدلية والتي تنص في المادة (١٦٣) : الإقالة رفع عقد البيع وإزالته. أنظر حيدر. علي. **مجلة الأحكام العدلية**. ١٣٠/١. وورد أيضا في ابن قدامة. **المغني** . ٩٦/٤. الزيلعي . **تبيين الحقائق**. ٧٠/٤. زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب**. دار الكتاب الإسلامي. ٧٤/٢. العجيلي. **حاشية الجمل**. دار الفكر. ١٥٣/٣. ابن نجيم. **البحر الرائق**. دار الكتاب الإسلامي.١١٠/٦.

**وأما مشروعية الإقالة:** فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه :من أقال نادما بيعه أقال الله عثرته" رواه ابن حبان في صحيحه ٢٠٤/١١ وحديث : "من أقال مسلما أقال الله عثرته" ورد في المستدرك على الصحيحين، لمحمد بن عبد الله النيسابوري،٥٢/٢ وأيضا : أجمع العلماء على مشروعة الإقالة. وذلك لأن الناس يحتاجون للإقالة كحاجتهم إلى البيع فشرع . وذلك أن العاقد قد يندم على ما أقدم عليه ولا يجد أمامه طريقا للتخلص من العقد إلا بالإقالة. أنظر: الموصلي. **الاختيار لتعليل المختار**. مرجع سابق. ١١/٢. ابن الهمام. **فتح القدير**. مرجع سابق. ١١٤/٦. الزيلعي . **تبيين الحقائق**. مرجع سابق. ٧٠/٤. الأنصاري. **أسنى المطالب**. مرجع سابق. ٧٤/٢.

(٢) الموصلي. **الاختيار لتعليل المختار**. مرجع سابق. ١١/٢. ابن نجيم. **البحر الرائق**. مرجع سابق. ١١١/٦. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. دار الكتب العلمية.١٢٠/٥.

(٣) البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٢٥٠/٣. المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق. ٤٧٦/٤. ابن رجب. **القواعد لابن رجب** . دار الكتب العلمية.ص٣٨٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد ذكر ابن عابدين: "الإقالة بلفظ بيع فبيع إجماعاً"[١]

وذكر المرداوي ما نصه: " لا تنعقد الإقالة بلفظ البيع، ولا البيع بلفظ الإقالة، وظاهر كلام كثير من أصحابنا انعقادها بذلك. والدليل ما يصلح للعقد لا يصلح للحل"[٢]

وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، فقد ورد فيها : " إذا باع المشتري المبيع قبل القبض للبائع، وقبل البائع فذلك باطل، لأن الإقالة لا تنعقد بلفظ البيع، ولأنها ضد البيع، فلا يستعمل البيع مجازاً في الإقالة، ومثال ذلك: أن يقول البائع للمشتري: بعني المال الذي اشتريته مني بكذا قرشاً، فيبيعه المشتري ذلك، ويقبل البائع، فهذا لا يكون إقالة، بل يكون بيعاً، فيجب فيه مراعاة شرط البيع."[٣]فكان دليلهم في ذلك: أن ما يصلح للعقد لا يصلح للحل.[٤]

فالملاحظ أن أصحاب هذا القول قد ذهبوا إلى الاعتبار باللفظ وليس المعنى، فما دام قد ابرم العقد بلفظ البيع ولو كان مقصود المتعاقدين الإقالة، فقد اعتبروه بيعاً وليس إقالة. فقد اكتفوا بظاهر اللفظ و لم يبحثوا عن قصد العاقدين.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية[٥] وبعض الحنابلة[٦] إلى اعتباره إقالة لا بيعاً، لأنهم يعتبرون الإقالة بلفظ البيع صحيحة.

فقد ذكر السيوطي ما نصه: " ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول، فهو إقالة بلفظ البيع، ذكر صاحب التتمة وخرجه السبكي على القاعدة، قال: ثم رأيت التخريج للقاضي حسين قال: إن اعتبرنا اللفظ لم يصح، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة"[٧]

---

(١) ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ١٢٠/٥. أنظر أيضا الزيلعي. **تبيين الحقائق**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٧١/٤.

(٢) المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٤٧٦/٤.

(٣) حيدر. على. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل. ١٦٦/١. وأنظر أيضا محمد فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية.١٧٨/٢.

(٤) البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٢٥٠/٣. ابن رجب. **القواعد لابن رجب الحنبلي**. مرجع سابق. ٣١٤/٣.

(٥) البجيرمي. **حاشية البجيرمي على المنهج**. دار الفكر العربي. مرجع سابق. ٢٧١/٢. السيوطي. **الأشباه والنظائر**. مرجع سابق. ص١٦٦. زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب**. دار الكتاب الإسلامي . مرجع سابق. ٧٥/٢. النووي. **المجموع شرح المهذب**.مطبعة منيرية.١٩٠/٩. العجيلي. **حاشية الجمل**. دار الفكر. مرجع سابق. ١٦٥/٣.

(٦) البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٢٥٠/٣. ابن رجب الحنبلي. **القواعد. القاعدة** ٣٨. ص٤٩.

(٧) السيوطي. **الأشباه والنظائر**. مرجع سابق. ص١٦٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وذكر البهوتي: " وتصح الإقالة بلفظها بأن يقول: أقلتك، وتصح بلفظ مصالحة، وظاهر كثير من الأصحاب، وتصح بلفظ بيع، وما يدل على معاطاة"[1] ودليلهم في ذلك، أن المقصود هو المعنى، فكل ما يتوصل به إليه أجزأ.[2]

فالملاحظ أن الشافعية وبعض الحنابلة هم الذين أخذوا بمسألة تحول العقد، فذهبوا إلى تحول عقد البيع إلى عقد إقالة، وذلك لاعتبارهم بقصد المتعاقدين و لم يأخذوا باللفظ، واعتبروا أن العقد وإن كان بلفظ البيع ما دام قبل القبض وبنفس الثمن ،و يتجه مقصود المتعاقدين إلى الإقالة، فيكون العقد إقالة وليس بيعاً.

المذهب الثالث: ذهب المالكية[3] إلى اعتباره عقداً باطلاً، لأنه لا تصح الإقالة إلا بلفظ الإقالة، والبيع بلفظ البيع.

فقد ذكر ابن عرفة: " يجب أن تقع الإقالة بلفظ الإقالة، لا بلفظ البيع، وإلا منعت، أي باطلة شرعاً كالمعدوم حسًا"[4]

فالمالكية قد أخذوا بمبدأ أن لكل عقد لفظ خاص به، فإذا أبرمت عقداً بلفظ آخر، فالعقد باطل لأنهم قالوا أن البيع لا يصح إلا بلفظ البيع، فإذا أبرم عقد البيع بلفظ آخر وكان قصد المتعاقدان يتجه إلى عقد البيع، فالعقد باطل، لأنه على حد رأيهم لا يصح البيع إلا بلفظ البيع، وكذلك عقد الإقالة، لا يصح إلا بلفظ الإقالة، فإذا كان بلفظ البيع ونية المتعاقدان تتجه نحو الإقالة، فهنا تصبح إ قالة باطلة. على حد رأيهم.

**الرأي الراجح:**

أرجح القول القائل بتحول عقد البيع إلى عقد إقالة إذا كان هذا البيع قبل القبض ولو كان بلفظ البيع، ما دام التسليم كان قبل القبض، يكون العقد إقالة وليس بيعاً، لأن قصد المتعاقدين من هذا اللفظ هو إرجاع ما تم شراءه، وليس بيعه، وهذا هو مفهوم الإقالة، ولو كان بلفظ البيع، عملاً بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

(١) البهوتي. **كشاف القناع**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ٢٥٠/٣.

(٢) الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. المكتب الإسلامي مرجع سابق..١٥٥/٣. البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق. ٢٥٠/٣.

(٣) الحطاب. **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**. دار الفكر. مرجع سابق. ٤٨٦/٤. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق. ١٥٦/٣.

(٤) ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق. ١٥٦/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث السادس: تحول البيع إلى سلم[1]:

إذا قال شخص لآخر: بعتك عشرة أوسق قمحاً أول الشهر، بألف درهم حالة، فهل يصح العقد ويتحول إلى سلم، أم ينعقد بيعاً اعتباراً باللفظ، أم لا ينعقد إلا بلفظ السلم؟

هنا في هذا المثال، كان العقد بلفظ البيع، وأما طريقة التنفيذ – الاستلام والتسليم- فهي خاضعة ضمن شروط السلم، فما الحكم؟

لقد كان للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب الحنفية[2] – عدا زفر- وقول للشافعية[3]، ورأي لحنابلة [4] إلى أنه إذا أبرم عقد وكان هذا العقد بلفظ البيع، مع أن المتعاقدين ذكرا فيه شروط السلم – نحو دفع ثمن السلم في المجلس وتأخير تسليم المسلم فيه بعد شهر، تحول هذا العقد من عقد بيع إلى عقد سلم.

فقد ذكر الكاساني في البدائع: أما ركن السلم، فهو لفظ السلم والسلف والبيع، بأن يقول رب السلم: أسلم إليك في كذا، أو أسلفت، لأن السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد، فإذا قال المسلم إليه: قبلت، تم الركن، وكذا قال المسلم إليه: بعت منك كذا وذكر شرائط السلم، فقال رب السلم: قبلت، وهذا قول علمائنا الثلاثة، وقال زفر، لا ينعقد إلا بلفظ السلم"[5].

وفي مغني المحتاج ما نصه: " لو قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم، فقال: بعتك، انعقد بيعاً، وقيل: سلماً، اعتباراً بالمعنى، واللفظ لا يعارضه، لأن كل سلم بيع، كما أن كل صرف بيع".[6]

---

(1) مفهوم السلم سيرد في بحث السلم اللاحق.

(2) الموصلي. **الاختيار**. ٢ مرجع سابق. /٣٤. الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق..١٠١/٧.

(3) الشيرازي. **المهذب**. مرجع سابق. ١٥٤/١٢-١٥٥.الشر بيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق. ١٤٣/٢. حجازين. **حاشية الشرقاوي**. مرجع سابق. ٥١/٣.

(4) ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**. مرجع سابق. ٣٠٤/٤. البهوتي.**كشاف القناع** مرجع سابق.. ٣٣٧/٣. ابن رجب الحنبلي . **القواعد** . مرجع سابق. ص٤٩.

(5) الكاساني. **البدائع** مرجع سابق..١٠١/٧.

(6) الشر بيني. **مغني المحتاج** مرجع سابق.. ١٤٣/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي كشاف القناع ما نصه : " ويصح السلم بلفظ بيع، كابتعت منك قمحاً صفته كذا وكيله كذا إلى كذا، لأنه نوع من البيع". [(١)]

واستدلوا لرأيهم: بأن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع.[(٢)] فيكون أصحاب هذا الرأي قد اعتبروا السلم نوع من البيع، فإذا اجري عقد بلفظ بيع موصوف في الذمة، فهو سلم صحيح لم يخرج عن حقيقة العقد . فيتحول عقد البيع إلى عقد سلم إذا كان موصوفاً في الذمة، وهو أهم شروط السلم، وما يميزه عن كثير من العقود.

الرأي الثاني: ذهب زفر من الحنفية[(٣)]، وابن حزم[(٤)][(٥)] إلى أن السلم لا ينعقد إلا بلفظ السلم، فإذا كان العقد على الصورة الصورة السابقة فإن العقد يبطل، لأنه ليس بيعاً وليس سلماً.

واستدل زفر لرأيه، بأن السلم بيع ما ليس عند الإنسان، إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم[(٦)].

وقال ابن حزم: " السلم ليس بيعا، لأن التسمية في الديانات ليست إلا لله عز وجل على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم السلف أو التسليف أو السلم." [(٧)]

فكأنه يقول: إذا جاء السلم بلفظ البيع لم ينعقد سلماً، ولا بيعاً، لأن السلم لم يرد بلفظ البيع، ولا ينعقد بيعاً، لأن السلم ليس بيعاً. [(٨)]

---

[(١)] البهوتي . **كشاف القناع** مرجع سابق. ٣٣٧/٣.

[(٢)] **مغني المحتاج**. مرجع سابق. ١٠٤/٢. البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق. ٢٨٩/٣ الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق.. ٢٠١/٥..

[(٣)] الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق. ١٠١/٧.

[(٤)] **ابن حزم**. ابْنُ حَزْمٍ أَبُو مُحَمَّدٍ عَلِيُّ بنُ أَحْمَدَ بنِ سَعِيْدٍ القُرْطُبِيُّ . ولد بقرطبة. سنة ٣٧٤هـــ وتوفي سنة ٤٥٦هـــ:الإِمَامُ الأَوْحَدُ، البَحْرُ، ذُو الفُنُوْنِ وَالمعَارِفِ، أَبُو مُحَمَّدٍ عَلِيُّ بنُ أَحْمَدَ بنِ سَعِيْدِ بنِ حَزْمِ بنِ غَالِبِ بنِ صَالِحِ بنِ خَلَفِ بنِ مَعْدَانَ بنِ سُفْيَانَ بنِ يَزِيْدَ الفَارِسِيُّ الأَصْلِ، ثُمَّ الأَنْدَلُسِيُّ القُرْطُبِيُّ اليَزِيْدِيُّ مَوْلَى الأَمِيْرِ يَزِيْدَ بنِ أَبِي سُفْيَانَ بنِ حَرْبٍ الأُمَوِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - المَعْرُوف بيَزِيْد الخَيْر، نَائِب أَمِيْرِ المُؤْمِنِيْنَ أَبِي حَفْصٍ عُمَر عَلَى دِمَشْقَ، الفَقِيْهُ الحَافِظُ، المُتَكَلِّمُ، الأَدِيْبُ، الوَزِيْرُ، الظَّاهِرِيُّ، صَاحِبُ التَّصَانِيْفِ.أنظر: سير أعلام النبلاء: ١٨٤/١٨.

[(٥)] ابن حزم. **المحلى بالآثار**. مرجع سابق. ١٠٥/٩.

[(٦)] الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق. ٢٠١/٥.

[(٧)] ابن حزم. **المحلى بالآثار**. مرجع سابق. ١٠٥/٩.

[(٨)] الحفظي. عبد القادر بن سليمان. **التحول وأثره في الفقه الإسلامي**. رسالة دكتوراه في جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض. ص٢٨٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فأصحاب هذا القول اعتبروا أن لكل عقد لفظ خاص يميزه عن غيره، فلا يجوز استخدام لفظ عقد، وقصد عقد آخر، فقالوا أن لعقد البيع لفظ خاص، وعقد السلم لفظ خاص، فلا يجوز لفظ البيع للسلم ولا يجوز لفظ السلم للبيع . فإذا عقد السلم بلفظ البيع خرج عن حقيقة السلم، وعن حقيقة البيع، فلا يكون بيعاً ولا سلماً، بل يكون باطلاً لا يكون له أي أثر.

الرأي الثالث: قول للشافعية في الأصح عنهم[1]:

فهم يرون أن السلم بلفظ البيع ينعقد بيعاً، فلو قال: بعتك عشرة أوسق قمحاً أول الشهر بألف درهم حالة، إنعقد بيعًا.

فقد جاء في مغني المحتاج ما نصه : " لو قال: اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم، فقال : بعتك، أنعقد بيعًا اعتباراً باللفظ، وهذا الأصح في أصل الروضة، وصححه البغوي وغيره.[2]

فنجد أن الشافعية قد أخذوا باللفظ في هذه المسألة، وقالوا: لو عقد العقد بلفظ البيع، وإن كان موصوفاً في الذمة، فهو بيع، وليس سلم، اعتباراً باللفظ، لكن يؤخذ على هذا الرأي أن من شروط عقد البيع ، بيع ما هو موجود مقدور التسليم، فإذا اعتبرنا هذا العقد بيعاً، كان بيع شيء غير موجود، وهو منهي عنه، أما السلم فقد شرع على خلاف القاعدة لحاجة الناس إليه، فالأولى اعتباره سلماً وليس بيعاً للخروج من النهي الوارد في بيع ما ليس عند الإنسان.

**الترجيح:**

من خلال ما سبق يتبين رجحان رأي الجمهور الذي يوافق سنن التشريع الإ سلامي، فإن الشارع لم يجعل حداً لألفاظ العقود، بل ذكرها مطلقة، فكما تنعقد بالألفاظ الرومية والفارسية والتركية، فانعقاده مما يدل عليها من الألفاظ العربية، أولى متى عرف المتعاقدان المقصود بها. فإن كان العقد بلفظ البيع ولكن موصوف في الذمة، فهو سلم وليس بيعاً، لأن مقصود المتعاقدين يتجه نحو السلم وليس البيع، وكون اشتراط المبيع موصوف في الذمة، فإذا اعتبرناه بيعاً كان بيع ما ليس عند الإنسان، وهو منهي عنه، أما لو

---

[1] الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق. ١٥٥/١٢. **الأشباه والنظائر للسيوطي** مرجع سابق. ص١٦٦. الشر بيني. **مغنى المحتاج** مرجع سابق. ١٤٣/٢.العجيلي. **حاشية الجمل** مرجع سابق..٦/٥. القيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة** مرجع سابق..٣٩٢/٢.

[2] الشر بيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق. ١٤٣/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اعتبرناه سلماً، أجرينا العقد دون أن نبطله والخروج من النهي الوارد في بيع الإنسان ما ليس عنده، وعملاً بالقاعدة التي تنص إعمال الكلام أولى من إهماله.

## المبحث السابع : تحول البيع إلى هبة:

لو قال: بعتك بلا ثمن، أو لا ثمن لي عندك، فقال: اشتريت، فقبضه، فما حكم هذا العقد، هل هو عقد بيع أم عقد هبة؟

للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: للحنفية [١]،والمالكية[٢] وقول للشافعية [٣].يرون أن الهبة لا تنعقد بلفظ البيع بلا ثمن نظراً إلى اللفظ لتناقضه، وذلك أن لفظ البيع يقضي المعاوضة من الطرفين .فدل على بطلان هذا العقد. وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، باعتبار البيع بلا ثمن بيعاً باطلا.[٤]

فقد ذكر الكاساني في كتابه ما نصه: " وكذا اختلفوا فيما إذا قال: بعت بغير ثمن، قال بعضهم يبطل، وإليه ذهب الكرخي من أصحابنا، وقال بعضهم يفسد ولا يبطل، كما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن"[٥]

وورد في مجلة الأحكام العدلية: " تسمية الثمن حين البيع لازمة، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً، يجب حين البيع ذكر الثمن وتسميته، فإذا كان مسكوتاً عنه حين البيع، فالبيع فاسد وليس باطل، لأن البيع المطلق يقتضي المعاوضة، فإذا سكت البائع عن الثمن كان مقصده أخذ قيمة المبيع، فكأنه يقول: بعت مالي بقيمته، والاقتصار على ذكر القيمة مجملة، يجعل الثمن مجهولاً، فيكون

---

(١) الزيلعي. **تبيين الحقائق**. دار الكتاب الإسلامي مرجع سابق..٢١/٤. فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية. مرجع سابق. ١٦٩/٢ ابن نجيم. **الأشباه والنظائر**. مرجع سابق. ص٢٠٨.. الحموي. أحمد بن محمد. **غمز عيون البصائر**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق . ٢٦٦/٢. أبن نجيم. **البحر الرائق**. دار الكتاب الإسلامي مرجع سابق..١٣٥/٦.الزركشي. **المنثور في القواعد** . وزارة الأوقاف الكويتية مرجع سابق..١٢٨/٣

(٢) ابن رشد.أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي. **المقدمات الممهدات**.دار الكتب العليمة. ط١. ٢٠٠٢م. ٢٤٤/١.

(٣) النووي. **المجموع شرح المهذب**. المطبعة المنيرية مرجع سابق.. ١٩٠/٩ الشافعي. الأم. مرجع سابق. ص٦٧٩. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق. ٤٢٩/٤. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق. ١٧٠/٣ السيوطي. **الأشباه والنظائر**. مرجع سابق. ص١٦٦. النووي. **المجموع شرح المهذب**. مطبعة المنيرية مرجع سابق..٢٠٣/٩

(٤) حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل. مرجع سابق..٢٢/١.

(٥) الكاساني. **بدائع الصنائع**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق.. ٣٠٥/٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

البيع فاسداً لا باطلاً. ويفهم من قول المجلة في هذه المادة ( إذا لم يذكر ثمن المبيع) أنه إذا بيع المال نفي الثمن حقيقة أو حكماً، فالبيع باطل، حتى إن قبض المبيع لا يفيد المشتري الملكية، لأن نفي الثمن نفي لركن من أركان البيع، وهو المال فلا يكون مثل هذه المعاملة بيعًا"[(١)]

وقال أبن رشد في المقدمات عند الكلام على الصداق: " الصداق نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهن، لا عن عوض، ولهذا لم يفتقر عقد النكاح إلى تسمية، ولو كان الصداق ثمناً للبضع حقيقة لما صح النكاح دون تسمية، كالبيع الذي لا ينعقد إلا بتسمية الثمن "[(٢)]

فقد ذكر الرملي مانصه: " ولا ينعقد البيع بالألفاظ المرادفة للفظ الهبة، كأعمرتك وأرقبتك"[(٣)]

فأصحاب هذا الرأي قد اعتبروا أن لعقد الهبة لفظ خاص، لا يجوز أن يتعداه، فلا ينعقد الهبة إلا بلفظ الهبة، وأي لفظ آخر يخرج العقد عن مقصده، فالهبة تمليك العين بلا عوض، والبيع تمليك العين بعوض، فالهبة من عقود التبرعات، والبيع من عقود المعاوضات، فهناك اختلاف كبير بين العقدين، فلا يصح إبرام عقد تبرع بلفظ معاوضة. لذلك كان عقد البيع بلا ثمن، ليس هبة، بل بيع فاسد.

الرأي الثاني: وهو قول للشافعية[(٤)]: ويرون أنه لو قال: بعتك بلا ثمن، أو لا ثمن لي عندك، فقال : اشتريت وقبضه، كان هبة، نظراً للمعنى، فإن الهبة تمليك بلا عوض، وكذا هذا.

فقد ذكر الإمام النووي في المجموع:" لو قال: بعتك و لم يذكر ثمناً، فإن اعتبرنا بالمعنى فالعقد هبة، وإلا فبيع فاسد.... يشترط في صحة البيع أن يذكر الثمن في حال العقد، فيقول: بعتك بكذا، فإن قال: بعتك هذا وأقتصر على هذا –دون أن يذكر الثمن–فقال المخاطب: اشتريت أو قبلت، لم يكن هذا بيعاً بلا خلاف، ولا يحصل به الملك للقابل على المذهب، وقيل فيه وجهان، أصحهما هذا، والثاني يكون هبة"[(٥)]

---

(١) حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل. مرجع سابق. ٢١٦/١-٢١٧.

(٢) ابن رشد.أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي. **المقدمات الممهدات**.دار الكتب العليمة. ط١. ٢٠٠٢م. ٢٤٤/١

(٣) الرملي. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**.دار الفكر. مرجع سابق. ٣٨٠/٣.

(٤) الشافعي. **الأم**. مرجع سابق. ص٦٧٩. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق. ٤٢٩/٤. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق. ١٧٠/٣ السيوطي. **الأشباه والنظائر**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ص١٦٦. الرملي. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الفكر . مرجع سابق . ٣٨٥/٣..

(٥) النووي. **المجموع شرح المهذب**. المطبعة المنيرية مرجع سابق.. ١٩٠/٩.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرأي الثالث: ذهب الحنابلة[١] في حالة عدم تسمية الثمن للمبيع، إلى اعتباره بيعاً صحيحاً مع تسمية ثمن المثل.

فقد ذكر المرداوي في كتابه: " وإن لم يسم الثمن، صح وله ثمن المثل كالنكاح"[٢]

فيكون عقد البيع بلا ثمن بيعاً وليس هبةً، مع تسمية ثمن المثل في مثل هذا العقد، فلم يأخذوا بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وبأن عقد البيع يقع بيعاً إن كان من غير ثمن، مع فساد شرطه ، وجعل له ثمن المثل . وقياسه على النكاح، لأن النكاح في حالة عدم تسمية المهر، يقع عقد النكاح صحيحاً، والشرط فاسد، فيجب أن يسمى مهر المثل.

**موقف القانون المدني الأردني من تحول البيع إلى هبة:**

لم ينص القانون المدني الأردني نصاً صريحاً على حكم البيع بلا ثمن، ولكن من خلال الرجوع إلى محكمة التمييز الأردنية، نجد أنه قد صدر عنها ما يلي:

١. أن البيع بلا ثمن لا يرتب البطلان، ولا يبرر الفسخ، لأنه يحمل على محمل الهبة.

٢. أن الصورية في عقد البيع لا تصلح سبباً لبطلان أو فسخ العقد، لأن الصورية في العقود تفترض وجود عقدين أحدهما العقد الصوري الظاهر، والثاني العقد الحقيقي المستتر، والآثار التي تترتب على هذين العقدين محصورة في المادتين ٣٦٨-٣٦٩ من القانون المدني، بما يوجب الإبقاء على العقدين، على أن يكون الحقيقي هو النافذ بين العقدين، والصوري هو النافذ بالنسبة للدائنين، والخلف الخاص إذا اختاروا ذلك، وإذا تعارض في العقدين مصالح ذوي الشأن، فالأفضلية أن يتمسك بالعقد الظاهر منهم، وعلى ذلك فإن تأسيس الدعوى ببطلان عقد البيع أو فسخه على الصورة، مخالف لأحكام القانون.[٣]

وإلى ذلك أيضاً ذهب السنهوري: أن البيع الذي يكون الثمن فيه تافهاً ويكون مكتوباً في ورقة رسمية، فالبيع باطل لتفاهة الثمن، ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة، ففيه الإيجاب والقبول ونية التبرع، لذلك يتحول عقد البيع الباطل إلى هبة صحيحة.[٤]

---

(١) ابن تيمية. **الفتاوى الكبرى**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ٣٨٧/٥. المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٣٠٩/٤

(٢) المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق. ٣٠٩/٤

(٣) محكمة التمييز الأردنية. قرار رقم ١٠٦٩/١٩٨٧ فصل. بتاريخ ١٩٨٧/١/١. هيئة عادية. منشور على الصفحة ١٠١٩. من العدد٦. من **مجلة نقابة المحامين** لسنة ١٩٩٠.

(٤) السنهوري. عبد الرزاق. **نظرية العقد**. المجمع العلمي العربي الإسلامي. بيروت. لبنان. ٦٣٤-٦٣٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالملاحظ أن القانون المدني الأردني قد وافق رأي الشافعية القائل بأن عقد البيع إن كان بلا ثمن أو بثمن تافه، كان عقداً باطلاً، ولكن لكونه يتضمن عقداً آخر إذا طبقنا عليه لفظ العقد، ألا وهو الهبة، صح العقد، لأن الهبة هي تمليك عين بلا عوض، والبيع بلا عوض، هو في الحقيقة هبة وليس بيعاً.

والذي أرجحه في هذه المسألة الرأي الثاني، والقائل بأن البيع بلا ثمن هبة، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، فلو أبطلنا هذا العقد ضاعت كثير من تصرفات الناس، وما دام قصد المتعاقدين يتجه نحو الهبة، وشروط وأحكام وضوابط ا لعقد موجودة، فلا مانع من أن نحول العقد من عقد بيع إلى عقد هبة. ولأن العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## الفصل الثاني: التحول في عقد الإجارة

المبحث الأول: مفهوم الإجارة

المطلب الأول: الإجارة لغةً

المطلب الثاني: الإجارة اصطلاحاً

المبحث الثاني: مشروعية عقد الإجارة

المبحث الثالث: أركان عقد الإجارة

المبحث الرابع: أوصاف عقد الإجارة

المبحث الخامس: علاقة عقد الإجارة بغيره من العقود

المطلب الأول: الإعارة

المطلب الثاني: الجعالة

المطلب الثالث: البيع

المبحث السادس: حكم انعقاد الإجارة بلفظ البيع

المبحث السابع: تحول الإجارة إلى بيع

المطلب الأول: تحول الإجارة المنتهية بالتمليك إلى بيع

المطلب الثاني: التنازل عن الثمار والحاصلات بعوض

المبحث الثامن: تحول الإجارة إلى سلم



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

إن البيع والإجارة من أهم عقود المعاوضات المالية على الإطلاق، من الناحيتين التشريعية والعملية، والبيع أهم نموذج للعقود الواردة على ملكية العين، والإيجار أهم نموذج للعقود الواردة على ملكية المنفعة، لذلك بعد الانتهاء من بحث عقد البيع، والوقوف على تحول الأحكام فيه، كان لزاماً عليَّ أن أبحث عقد الإجارة وأبين أحكامه، والوقوف على تحول الأحكام فيه.

## المبحث الأول: مفهوم الإجارة

### المطلب الأول: الإجارة لغةً:

الإِجارة، والأُجارة والأَجارة –مثلثة– ما أعطيت من أجر[1]، ويقال: الأجر جزاء العمل، والأجر والأجرة ما يعود من ثواب العمل دنيوياً، أو أخروياً [2]، ومنه قوله تعالى : " ❒◆➚◆✃✍♦❹⬀✡❒🕔❍🡐 ✤❷⇧❷♦■🡐🕕 ✗☜❼ ✃✍⎈⑨❻✡⬀⓿◆✍ "[3] والأجرة، الكراء، تقول : " استأجرت الرجل" ، فهو يأجرني ثماني حجج، أي يصير أجيري[4].

قال ابن فارس[5]: " الهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأول : الكراء على العمل، والثاني: جبر العظم الكسير، وأما جبر العظم، فيقال منه: أجرت يده، فهذان أصلان، والمعنى الجامع بينهما أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كد في عمله"[1].

---

[1] ابن منظور. **لسان العرب**. مرجع سابق. ١/٨٤.

[2] الفيومي. **المصباح المنير**. مرجع سابق. ١/١٠. الفيروز آبادي. **القاموس المحيط**. مرجع سباق. ص٤١..

[3] سورة العنكبوت. الآية: ٢٧.

[4] الرازي . **مختار الصحاح**. منشورات أبو شنب. عمان. مرجع سابق. ص٦١.

[5] **ابن فارس** : أَحْمَدُ بنُ فَارِسِ بنِ زَكَرِيَّا القَزْوِيْنِيُّ *الإِمَامُ، العَلاَّمَةُ، اللُّغَوِيُّ، المُحَدِّثُ، أَبُو الحُسَيْنِ أَحْمَدُ بنُ فَارِسِ بنِ زَكَرِيَّا بن مُحَمَّدِ بنِ حَبِيْبٍ القَزْوِيْنِيُّ، المَعْرُوفُ بِالرَّازِيِّ، المَالِكِيُّ، اللُّغَوِيُّ، نَزِيْلُ هَمَذَان، وَصَاحِب كِتَاب(المُجْمَل .مَوْلِدُهُ بقَزْوِين، وَمَرْبَاهُ بِهَمَذَان، وَأَكْثَر الإِقَامَةَ بِالرَّيِّ.وَكَانَ رَأْساً فِي الأدب، بَصِيْراً بفقهِ مَالِك ، مُنَاظِراً مُتَكَلِماً عَلَى طريقَةِ أَهْلِ الحَقّ، وَمَذْهَبُهُ فِي النَّحْوِ عَلَى طريقَةِ الكُوْفِيِّين، جمع إِتْقَانَ العِلْمِ إِلَى ظَرْفِ أَهْل الكِتَابَةِ وَالشّعر.وَلَهُ مُصَنَّفَات وَرسَائِلُ ، وَتَخَرَّجَ بِهِ أَئِمَّة.

ولد سنة ٣٢٩ هـــ. في قزوين. له مصنفات ورسائل منها. معجم مقاييس اللغة. جامع البيان في تفسير القرآن. توفي في سنة ٣٩٥هـــ. أنظر . الذهبي . محمد بن أحمد. سير أعلام النبلاء:١٠٣/١٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثاني: الإجارة اصطلاحاً:

لم تختلف عبارات الفقهاء المتقدمين في تعريف الإجارة كثيراً، فقد جاءت متشابهة إلى حدٍ كبير مع وجود بعض الاختلاف بينهم، وسأذكر فيما يلي بعض تعريفات الإجارة عند الفقهاء المسلمين.

فقد عرفها الحنفية: بأنها عقد على المنافع بعوض، أو بيع منفعة معلومة بأجر معلوم[2]

وعرفها المالكية: أنها تمليك منافع شيء بعوض.[3]

وعرفها الشافعية: بأنها عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم.[4]

وعرفها الحنابلة: بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معينة، أو موصوفة في الذمة أو عمل بعوض معلوم.[5]

فمن خلال ما سبق من تعريفات يتبين لنا أن الأجرة قد وردت على مذاهب شتى، وذلك بين موسع في قيوده، وآخر مضيق فيه، إلا أنه كان هناك قدر متفق عليه، وهو " عقد يرد على منفعة بعوض" فهو قدر متفق على اعتباره في الحد الشرعي للإجارة، وما عدا ذلك كان على التفاوت في اعتباره.

---

(1) ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. مرجع سابق. ص٤٦.

(2) الكاساني. **بدائع الصنائع**. دار إحياء التراث العربي. ط٣. بيروت. ٢٠٠٠م. ١٦/٤. الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتب العلمية. ط١. ٢٠٠٠م. ٧٧/٦. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. دار إحياء التراث العربي. ط١. بيروت. ١٩٩٨. ٦/٩.

(3) المواق. **التاج والإكليل لمختصر خليل**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ٤٩٣/٧. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** . دار إحياء الكتب العربية. مرجع سابق. ٢/٤. الصاوي. أبو العباس أحمد. **حاشية الصاوي على الشرح الصغير**.دار المعارف. ٥/٤. الخرشي. **شرح مختصر خليل** . دار الفكر. مرجع سابق. ٢/٧. الحطاب. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**. دار الفكر. مرجع سابق. ٣٨٩/٥.

(4) الأنصاري. زكريا. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابع. ٤٠٣/٢.. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ١٢٢/٦.البجيرمي. **حاشية البجيرمي على الخطيب**. دار الفكر. مرجع سابق. ٢٠٦/٣. العجيلي. **حاشية الجمل**. دار الفكر. مرجع سابق. ٥٢١/٣.

(5) المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٣/٦. ابن مفلح. **الفروع**. دار عالم الكتب. مرجع سابق. ٤٢٠/٤. البهوتي . **شرح منتهى الإرادات**. دار عالم الكتب. مرجع سابق. ٢٤٢/٢. البهوتي. **كشاف القناع عن متن الإقناع**. دار الكتب العلمية . مرجع سابق . ٥٤٦/٣. الرحيباني. **مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى**. دار المكتب الإسلامي. مرجع سابق. ٥٧٩/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما القانون المدني الأردني فقد عرف الإجارة في مادته ٦٥٨: بأنها تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم.[١]

فالملاحظ من هذا التعريف بأن المشرع الأردني عند وضعه لهذا النص قد تأثر بالشريعة الإسلامية، والذي من خلاله نلاحظ بأن المشرع لم يخالف الفقه الإسلامي في تعريفه لعقد الإجارة، حيث أنه وحسب النص يلزم المؤجر بتمليك المنفع ة للمستأجر وجعله ينتفع بها.

**المبحث الثاني: مشروعية عقد الإجارة:**

لقد ثبتت مشروعية الإجارة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع

**أولا:من القرآن الكريم:**

١. قوله تعالى : " ⬧◻✉⧩♌⬃ 🕮❑❻⬀➷❁➔⬃♊⌘ ♑⬧▤⬈⬀⬀ ◻⬧★⧫✍✍➔❑♎➔♊● 🕮⬆♉⬉❑❻⧫♎➔♊● "[٢]

فالآية دالة على مشروعية الأجرة، وذلك من خلال النساء الطوالق إذا وضعن حملهن، فللمرأة أن ترضع الولد ولها أن تمتنع منه ولكن بعد أن تغذيه باللبأ – وهو باكورة اللبن- الذي لا قوام للمولود غالباً إلا به، فإن أرضعت استحقت أجر مثلها، ولها أن تعاقد أباه أو وليه على ما يتفقان عليه من أجرة، و لهذا قال تعالى : " ⬧◻✉⧩♌⬃ 🕮❑❻⬀➷❁➔⬃♊⌘ ♑⬧▤⬈⬀⬀ ◻⬧★⧫✍✍➔❑♎➔♊● 🕮⬆♉⬉❑❻⧫♎➔♊● "[٣]

٢. قوله تعالى: " ❑⧫➂⧩♌ 🕮❑❻⧫➉✍☃⬀ 🕮❑♌ ✍■❍⬄✋⧫❸⬃➷⬀➔⬉❑☑✁☎ 🕮❑❑⬃♐⬧⏲⑨◻⬀⬈⬀ ◻⬧☒⬧ ♉⬉⬁⧫✍◻◻ ⬊⧫◼❿◻⬇▤⬈⬀⬀ ➁⧩⬀❶⬧✁ ⧪◻◼☸⬅⬖☺⇧☞⬅☠⬘◻✍✎ ⬈⧫✁✍⬧⓿⬂⬇⬈☹ ⬀⧩✍✍⬊⬀□➔⬃❹⬆◻✍⬀ "[٤]

---

[١] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. رقم ٤٣. لسنة ١٩٧٦م. مصطفى فراج. دار الثقافة عمان. ٢٠١٠. ص١٦٨.

[٢] **سورة الطلاق**. الآية: ٦.

[٣] أبن كثير. إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي . **تفسير ابن كثير**. دار الفكر. بيروت. ١٤٠١هـــ. ٣٨٤/٤.. الطبري. محمد بن جرير. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**. دار الفكر.بيروت. ١٤٠٥هـــ. ٥١٠/٢. البغوي. الحين بن مسعود الفراء. **معالم التنزيل**. بيوت. تحقيق. خالد العك. مروان سوار. دار المعرفة. بيروت. ١٩٨٧. ط٢. ٢١١/١.

[٤] **سورة البقرة**. الآية. ٢٣٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي هذه الآية دلالة واضحة على مشروعية الإ جارة، فمعنى الآية أنه إذا اتفقت الوالدة والوالد على أن يتسلم منها الولد إما لعذر منها أو لعذر له، فلا جناح عليهما في بذله ولا عليه في قبوله منها إذا سلمها أجرها الماضية التي هي أحسن، واسترضع لولده غيرها بالأجرة بالمعروف.[١]

٣. قوله تعالى : " ⌂♦✡♦⌂ ⌂♦⌂ ⌂♦⌂ ⌂♦⌂ ⌂♦⌂ ⌂♦⌂ ⌂♦⌂ ⌂♦⌂ " [٢]

فقوله تعالى: " ⌂♦⌂ ⌂♦⌂ " دليل على أن الإجارة كانت عندهم مشروعة معلومة، وكذلك كانت في كل ملة، وهو ضرورة الخليقة، ومصلحة الخلطة بين الناس[٣]

**ثانيا: من السنة النبوية الشريفة:**

لقد وردت أحاديث كثيرة دلت بمفهومها على مشروعية الإجارة: أذكر منها:

١. ما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها : " **واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الديل، ثم من بني عبد بن عدي هاديا خريتاً – والخريت: الماهر في الهداية....**"[٤]

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد فعل الإجارة، كما هو ظاهر من هذا الحديث، وأدنى درجات الاستدلال بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز والمشروعية[٥].

---

[١] الطبري. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** . مرجع سابق. ٥٠٨/٢. البغوي. **معالم التنزيل**. مرجع سابق. ٢١٣/١. ابن كثير. **تفسير ابن كثير** . مرجع سابق. ٢٨٥/١.

[٢] **سورة القصص**. آية ٢٦.

[٣] الألوسي. محمود الألوسي أبو الفضل. **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني** . دار إحياء التراث العربي. بيروت. ٢٠٧/١٢ . القرطبي. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر. **الجامع لأحكام القرآن**. دار الشعب. القاهرة. تحقيق. أحمد عبد العليم البردوني. ط٢. ٢٧١/١٣.

[٤] **رواه البخاري**. باب استئجار المشركين. ثم الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام. وعامل النبي صلى الله عليه وسلم زفر خيبر. حديث رقم.٢١٤٤. ترقم مصطفى البغا. ٧٩٠/٢.

[٥] الشوكاني. محمد بن علي بن محمد. **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**. تحقيق أحمد بعد السلام. ط١. دار الكتب العلمية. بيروت . ١٩٩٤م. ص٥٩-٦٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢. روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره، ورجل أعطى بصفقة يمينه ثم غدر**"[١]

ففي هذا الحديث بيان لوعيد من يستأجر الأجير و لم يوفه حقه، فالوعيد لمن يظلم المستأجر دلالة على جواز الإجارة.

**ثالثا: الإجماع:**

لقد أجمعت الأمة في زمن الصحابة على جواز الإجارة لحاجة الناس إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان المحسوسة، فلما جاز عقد البيع على الأعيان، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع.

قال ابن رشد[٢]: "إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول"[٣].

وقال ابن قدامة[٤]: " أجمع أهل العلم في كل عصر وفي كل مصر على جواز الإجارة"[١]

---

(١) **رواه البخاري**. باب إثم من منع أجر الأجير. في الحديث رقم. ٢١٥٠. ترقيم مصطفى البغا. ٧٩٢/٢.

(٢) **ابن رشد:** هو أبو الوليد. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي . الإمام العلامة. شيخ المالكية. كان فقيهاً عالماً. حافظا للفقه. من تصانيفه: مناهج الأدلة في الأصول. بداية المجتهد ونهاية المقتصد . وغيرها. توفي سنة ٥٢٥هـ. أنظر. الذهبي. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز (المتوفى : ٧٤٨هـ)**سير أعلام النبلاء**. المحقق : مجوعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط.مؤسسة الرسالة. الطبعة : الثالثة ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م. ٥٠١/١٩.

(٣) ابن رشد. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. مرجع سابق. ٢١٨/٢.

(٤) **ابن قدامة:** ابْنُ قُدَامَةَ عَبْدُ اللهِ بنُ أَحْمَدَ بنِ مُحَمَّدٍ المَقْدِسِيُّ توفي سنة ٦٤٠هـ الشَّيْخُ، الإِمَامُ، القُدْوَةُ، العَلاَّمَةُ، المُجْتَهِدُ، شَيْخُ الإِسْلاَمِ، مُوَفَّقُ الدِّيْنِ، أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ اللهِ بنُ أَحْمَدَ بنِ مُحَمَّدِ بنِ قُدَامَةَ بنِ مِقْدَامِ بنِ نَصْرٍ المَقْدِسِيُّ، الجَمَّاعِيْلِيُّ، ثُمَّ الدِّمَشْقِيُّ، الصَّالِحِيُّ، الحَنْبَلِيُّ، صَاحِبُ (المُغْنِي ). مَوْلِدُهُ : بِجَمَّاعِيْلَ، مِنْ عَملِ نَابُلُسَ، سَنَةَ إِحْدَى وَأَرْبَعِيْنَ وَخَمْسِ مائَةٍ، فِي شَعْبَانَ. وَهَاجَرَ مَعَ أَهْلِ بَيْتِهِ وَأَقَارِبِهِ، وَلَهُ عشرُ سِنِيْنَ، وَحفظَ القُرْآنَ، وَلَزِمَ الاشتغَالَ مِنْ صِغَرِهِ، وَكَتَبَ الخطَّ المَلِيْحَ، وَكَانَ مِنْ بُحُوْرِ العِلْمِ، وَأَذكيَاءِ العَالَمِ.وَكَانَ عَالِمَ أَهْلِ الشَّامِ فِي زَمَانِهِ.صَنَّفَ (المغني) عشرَ مُجَلَّدَاتٍ، وَ(الكَافِي ) أَرْبَعَةً، وَ(الْمقنع) مُجَلَّداً، وَ(العُمدَة) مُجيليداً، وَ(القنعَة) فِي الغَرِيْبِ مجيليدٌ ، وَ(الرَّوْضَة) مُجَلَّدٌ، وَ(الرِّقَّة) مُجَلَّدٌ، وَ(التَّوَّابين) مُجَلَّدٌ، وَ(نسب قُرَيْشٍ) مجيليدٌ، وَ(نسب الأَنْصَارِ) مُجَلَّدٌ، وَ(مُخْتَصَر الهِدَايَة) مجيليدٌ، وَ(الْقدر) جزءٌ، وَ (مَسْأَلَة العُلُوِّ) جزءٌ، وَالمتحَابِّينَ) جزءٌ، وَ(الاعْتِقَاد) جزءٌ، وَ(البُرْهَان) جزءٌ، وَ(ذمّ التَّأْوِيْلِ) جزءٌ، وَ(فَضَائِلِ الصَّحَابَة) مجيليدٌ، وَ(فضل العشرِ) جزءٌ، وَ (عَاشُورَاء) أجزَاءٌ، وَ (مَشْيَخته) جُزآنِ، وَ(وصيَّته) جزءٌ، و(مُخْتَصَر العللِ لِلْخلالِ) مُجَلَّدٌ، وَأَشيَاءُ .



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الثالث: أركان عقد الإجارة:

للفقهاء في أركان عقد الإجارة اختلاف كما هو في سائر العقود، اختلاف بين الحنفية من جهة وبين الجمهور– المالكية والشافعية والحنابلة– من جهة أخرى.

فالحنفية ذهبوا إلى أن للإجارة ركن واحد وهو الإيجاب والقبول، أو بتعبير آخر الصيغة، كما يرى الحنفية [٢] إلا أن العاقد والمعقود عليه والأجرة من مقومات عقد الإجارة ولوازمه، وليست من أركانه

أما جمهور الفقهاء من مالكية [٣] وشافعية[٤] وحنابلة[٥] ذهبوا إلى أن للإجارة أربعة أركان، وهي عاقدان " مؤجر ومستأجر" وصيغة " إيجاب وقبول" وأجرة، ومنفعة.

فالمؤجر أو الآجر أو المكاري: هو الذي أعطى المأجور بالإجارة.

والمستأجر: هو الذي استأجر الشيء.

---

أنظر: الذهبي. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز (المتوفى : ٧٤٨هـ)**سير أعلام النبلاء**. المحقق : مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط.مؤسسة الرسالة. الطبعة : الثالثة ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م ٢٢/١٦٥.انظر أيضاً. الزركلي. خير الدين. **الأعلام**.٤/٦٧.

[١] ابن قدامة. **المغني**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٥/٢٥٠.

[٢] الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٥/١٠٥. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار** . دار الكتب العلمية . مرجع سابق.٦/٥. شيخي زاده. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** . دار إحياء التراث العربي . ٢/٣٦٨. السرخسي. **المبسوط**. دار المعرفة. مرجع سابق. ١٥/٧٥. الحدادي. **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية. مرجع سابق. ١/٢٥٩. ابن نجيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي . مرجع سابق. ٧/٢٩٧. فرموزا. محمد. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية. مرجع سابق. ٢/٢٢٦.

[٣] المواق. **التاج والإكليل**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ٧/٣٩٧. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. دار إحياء التراث العربي . مرجع سابق. ٤/٢. الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي**. دار الفكر. مرجع سابق. ٧/٢. الحطاب. **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** . دار الفكر . مرجع سابق. ٥/٣٩٠. النفراوي. أحمد بن غنيم بن سالم مهنا. **الفواكه الدواني**. دار الفكر. مرجع سابق. ٢/١١٠.

[٤] ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي مرجع سابق.. ٦/١٢٢. زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٢/٤٠٣. العجيلي. حاشية الجمل. دار الفكر. مرجع سابق. ٣/٥٣٢. البجيرمي. **حاشية البجيرمي على الخطيب**. دار الفكر. مرجع سابقٍ. ٣/٢٠٦. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. دار إحياء الكتب العربية. مرجع سابق. ٣/٦٨.

[٥] البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. عالم الكتب. مرجع سابق. ٢/٢٤١. المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي . مرجع سابق .٥/٢٥٠. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. المكتب الإسلامي. مرجع سابق. ٣/٥٧٩.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والمأجور: هو الشيء الذي أعطي بالكراء.

والمستأجر فيه: هو المال الذي سلمه المستأجر للأجير، لأجل إيفاء العمل الذي إلتزمه بعقد الإجارة، كالقماش الذي أعطى للخياط على أن يخيطه، والحمولة التي أعطيت للحمال لينقلها.

والأجير: هو الذي أجر نفسه.

والأجرة والكراء: بدل المنفعة.[1]

فالخلاف الذي حصل بين الحنفية والجمهور في تعداد أركان الإجار ة، هو خلاف لفظي، لا جوهري، لأن الحنفية اكتفوا بذكر الإيجاب والقبول كركن وحيد للإجارة، إلا أنهم يرون أن العاقدين والمعقود عليه أطراف للعقد، ومن مقوماته، ولا قيام للعقد إلا باجتماع ذلك كله، وعلى ذلك فلا أثر للخلاف بينهما.

## المبحث الرابع: أوصاف عقد الإجارة:

يتسم عقد الإجارة بأوصاف عدة، أذكر منها:

١. أنه عقد معاوضة: إذ أن كل طرف من أطرافه يدفع عوضاً، فالمؤجر يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل ذلك يأخذ عوضاً، وهو الأجرة، والمستأجر يدفع الأجرة، ويأخذ ما يقابلها من المنفعة.

٢. أنه عقد رضائي: فإن العقد يبرم بعد اتفاقٍ وتراضٍ بين طرفي العقد على جميع بنوده.

٣. أنه عقد ملزم: أي أنه لا يملك أحد طرفي العقد فسخ العقد إلا برضى الطرف الآخر.

٤. أنه عقد مدة: أي أنه محدد بزمن متفق عليه، كسنة، أو شهر.

٥. أنه عقد يرد على منفعة دون العين: حيث تكون الأجرة ثمناً لمنفعة العين المستأجرة، مما يترتب عليه ردها عند انتهاء مدة الإجارة.

٦. أنه من عقود الإدارة لا من عقود التصرف: حيث لا ينشأ عنه التزامات شخصية، إذ لا يترتب للمستأجر حق عيني في الشيء المؤجرة.[2]

---

[1] الزحيلي. وهبة. **العقود المسماة في القانون المدني الإماراتي والأردني**. دار الفكر. مرجع سابق. ص٢١٧.

[2] حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل. مرجع سابق. ٤٤١/١.الكاساني. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. مرجع سابق. ١٧٦/٤. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. دار إحياء التراث العربي. ط٤. ١٤٠٦هـ. ٤١٢/٤. الحطاب. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل** . دار



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما بالنسبة للقانون المدني الأردني فلا تختلف أوصاف عقد الإجارة في الفقه الإسلامي عنها في القانون.[1]

## المبحث الخامس: علاقة عقد الإجارة بغيره من العقود:

من خلال ما سبق تبين أن عقد الإجارة عقد واضح المعالم وله خصائصه، بحيث يمكن تميزه بسهولة عن أي عقد آخر، ومع ذلك فإنه في بعض الأحيان قد يصعب التفرقة بين عقد الإجارة وعقد مسمى آخر، ويصعب تحديد هل لعقد الذي أمامنا هو عقد إجارة أم عقد آخر؟.

فلعقد الإجارة اشتباه بكثير من العقود، أذكر منها الإعارة والجعالة والبيع

### المطلب الأول: الإعارة[2].

تفترق الإجارة عن الإعارة في أن الإجارة تمليك منفعة بعوض، والإعارة: هي تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض[3]،فالإعارة تختلف عن الإجارة في العوض، فإذا كانت المنفعة بعوض، نحو ملكتك منفعة هذا الفرس شهراً بكذا، فهي إجارة، أما إن قال: ملكتك منفعة هذا الفرس شهراً دون عوض، فهي إعارة.

أما عقد الإجارة بلفظ الإعارة، هل يجوز أم لا؟

ذهب إليه الحنفية[1] إلى جواز عقد الإجارة إذا كان بلفظ الإعارة.

---

الفكر. مرجع سابق. ٣٨٩/٥. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ١٢٢/٦. الرملي. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الفكر. مرجع سابق. ٢٦١/٥.ابن قدامة. **المغني**. دار إحياء التراث العربي. ٢٥٠/٥. البهوتي. **كشاف القناع عن متن الإقناع**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ٥٤٧/٣.

[1] الضمور. أحمد خليف . **الوجيز في شرح العقود المسماة في القانون المدني الأردني . البيع والإجارة. وقانون المالكين والمستأجرين**. المطبعة الوطنية. ط٦. ٢٠٠٦م. ص١٧٠. الزحيلي. وهبة. **العقود المسماة في القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص٢١٦. السنهوري. عبد الرزاق أحمد. **شرح القانون المدني في العقود. عقد الإيجار**. المجمع العربي الإسلامي. منشورات محمد الداية. ص٢٠

[2] هذا وقد نص **القانون المدني الأردني** في مادته ٧٦٠ على مفهوم الإعارة:" الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين على أن يرده بعد الإستعمال. أنظر: موسوعة التشريعات والإجتهادات القضائية، القانون المدني الأردني رقم_٤٣) لسنة ١٩٧٦، إعداد مصطفى محمود فراج. ص١٩٦

[3] الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٨٣/٥. العبادي. الحدادي. محمد بن علي. **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية. مرجع سابق. ٣٥٠/١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد ورد في البحر الرائق: "أن الإجارة تنعقد بلفظ الإجارة، أو بما يدل عليها، فتنعقد بلفظ العارية، حتى لو قال لغيره، أعرتك هذه الدار شهراً بكذا، أو قال كل شهر بكذا، وقبل المخاطب، كانت الإجارة صحيحة، لأنها مأخوذة من التعاور، والتداول، وهو كما يكون بغير عوض، يكون بعوض، والتعاور بعوض إجارة"[٢].

إلا أن الشافعية[٣] ذهبوا إلى عدم جواز الإجارة بلفظ الإعارة، واعتبروها إجارة فاسدة، فقد ورد في القواعد الفقهية: " أما الإجارة بلفظ الإعارة، فإجارة فاسدة، فلو قال: أعرتك سيارتي لتعير لي منزلك، فإجارة فاسدة غير مضمونة"[٤]

والراجح: هو ما ذهب إليه الحنفية بجواز الإجارة وإن كانت بلفظ الإعارة، ما دام العقد دل بمفهومه أنه إجارة ولو كان بلفظ الإعارة، وإرادة المتعاقدين اتجهت نحو الإجارة لا الإعارة، فكانت إجارة لا إعارة، ولأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، و لأن إعمال الكلام أولى من إهماله ما دام ذلك كان ممكناً.

## المطلب الثاني: الجعالة:

الجعالة: هي أن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوما ولا ينقده إياه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول على أنه إذا أتمه كان له الجعل، وإن لم يتمه فلا شيء له، مما لا منفعة فيه للجاعل، إلا بعد تمامه[٥].

فمثلاً إذا قال: من رد سيارتي فله مئة دينار، فهنا العوض من الجاعل معلوم، والعمل مجهول لأنه لا يعلم أر ادها عن قريب أو عن بعيد، فربما يتعب ويظن أنه يردها في يومين، ولا يردها إلا في عشرة أيام، أو ربما لا يستطيع أن يردها مطلقاً ، فيكون العمل لا يشترط فيه العلم بالنسبة للجعالة، فهنا لا يستحق المائة ديناراً إلا بعد أن يرد السيارة، فإذا لم يرد السيارة فليس له شيء، على خلاف الإجارة، فإن استأجر شخص آخر من أجل أن يرد سيارته بأجرةٍ يومية مقدارها عشرة دنانير، فللأجير كل يوم عشرة دنانير بغض الطرف هل رد السيارة أم لا.

فالجعالة تفترق عن الإجارة فيما يلي:

---

(١) السرخسي. **المبسوط**. دار المعرفة. مرجع سابق. ٧٦/١٥ وما بعدها. فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية . مرجع سابق. ٢٢٦/٢. الحموي. **غمز عيون البصائر**. دار الكتب العليمة. ص١٣٢. الزيلعي. **تبيين الحقائق**.دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق.١٠٦/٥. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. دار الكتب العليمة . ٥/٦. شيخي زاده. **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**. دار إحياء التراث العربي. ٣٦٩/٢.

(٢) ابن نجيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٢٩٦/٧.

(٣) الزركشي. **المنثور في القواعد الفقهية**. وزارة الأوقاف الكويتية. مرجع سابق.٣١٣/٢.

(٤) الزركشي. **المنثور في القواعد الفقهية**. وزارة الأوقاف الكويتية. مرجع سابق.٣١٣/٢.

(٥) الخرشي. محمد بن عبد الله. **شرح مختصر خليل للخرشي**. دار الفكر. مرجع سابق. ٥٩/٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١. لا يتم استيفاء المنفعة للجاعل إلا بتمام العمل، كرد الشاة ، أما الإجارة فيتم استيفاء المنفعة للمستأجر بمقدار ما عمل الأجير، وبعبارة أخرى، لا تتحقق المنفعة لمالك في الجعالة إلا بتمام العمل، أما في الإجارة فتتحقق المنفعة للمستأجر ولو بجزء العمل، وبناءً عليه، لا يستحق العامل في الجعالة شيئاً إلا بتمام العمل، وإذا عمل الأجير في الإجارة بعض العمل استحق من الأجر بحساب أو مقدار ما عمل[1].

٢. الجعالة عقد يحتمل فيها الغرر، وتجوز جهالة العمل، والمدة بخلاف الإجارة، فالعمل في الجعالة قد يكون معلوماً أو مجهولاً غير معلوم، كرد بهيمة ضالة، وحفر بئر يخرج منها الماء، أما الإجارة فلا بد من أن يكون العمل فيها معلوماً ، كالخياطة والبناء والمدة معلومة، أما الجعالة فالمهم فيها إنجاز العمل دون تقييد بالمدة.

٣. لا تجوز اشتراط تقديم الأجرة في الجعالة، بخلاف الإجارة يجوز تقديم الأجرة عن العمل.

٤. الجعالة عقد جائز غير لازم، فيجوز فسخه، بخلاف الإجارة فإنها عقد لازم لا يفسخ.[2]

## المطلب الثالث: البيع:

تفترق الإجارة عن البيع في أن الإجارة لا يستوفى المعقود عليه فيها وهو المنفعة دفعة واحدة، أما في البيوع فيستوفى المبيع دفعة واحدة، كما أنه ليس كل ما يجوز إجارته يجوز بيعه، إذ تجوز إجارة الحر، لأن الإجارة فيه على عمل، بينما لا يجوز أن يباع لأنه ليس بمال.

كما أن الإجارة بيع منفعة لكنها تختلف عن البيع في أنها مؤقتة المدة، وعقد البيع لا يقبل التأقيت، وإنما هو مؤبد، قال ابن قدامة: " الإجارة نوع من البيع، لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه، فهي بيع المنافع، والمنافع بمرتبة الأعيان، لأنه يصح تمليكها في حال الحياة بعد الموت، وتضمن باليد والإتلاف ويكون عوضها عيناً أو ديناً"[3]

أما القانون المدني الأردني فقد عرف الإجارة في المادة ٦٥٨ على" أنها تمليك منفعة مقصودة من الشيء لقاء عوض"[1]

وعرف عقد البيع في المادة ٤٦٥: " أنه تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"[2]

---

[1] الحطاب. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**. دار الفكر. مرجح سابق. ٤٥٢/٥ . زكريا الأنصاري. **شرح البهجة**. المطبعة الميمنية . مرجع سابق. ٣٤٥/٣. . ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٣٦٤/٦. المرداوي. **الإنصاف** . دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٣٨٩/٦. البهوتي. **كشاف القناع عن متن الإقناع**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ٢٠٣/٤

[2] الزحيلي. وهبة. **الفقه الإسلامي وأدلته**. مرجع سابق. ٧٨٦/٤.

[3] ابن قدامة. **المغني**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٢٥٠/٥-٢٥١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويلاحظ أن المادة ٤٦٥ من القانون المدني الأردني قد عرفت البيع تعريفاً متسعاً جداً بحيث تشمل عقد الإجارة، فهي تعرف البيع بأنها تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض، ومن دون شك فإن منفعة الشيء هي إما مال أو حق مالي، وعليه فإن تمليك منفعة عقار –مثلا– مقابل عوض هي بيع حسب المادة ٤٦٥، وهي في الوقت ذاته إجارة حسب المادة.[٣]

## المبحث السادس: حكم انعقاد الإجارة بلفظ البيع:

وصورتها: كمن يقول بعتك منفعة هذه الدار شهراً بكذاً، فهل يصح هذا اللفظ ويعتبر إجارة اعتباراً بالمعنى أم لا ؟

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[٤] في الأظهر عندهم، والمالكية[٥] وأحد أقوال الشافعية[٦] ورواية عند الحنابلة[٧] إلى جواز انعقاد الإجارة بلفظ البيع. ودليلهم في ذلك:

١. أن الإجارة نوع من البيع، ولأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه، فهي بيع المنافع، ولأنه يصح تمليكها في حال الحياة.[١]

---

(١) القانون المدني الأردني. **موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية**. مرجع سابق. ص١٦٨

(٢) القانون المدني الأردني. **موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية**. مرجع سابق. ص١٢٠

(٣) الزعبي. محمد يوسف. **العقود المسماة. شرح عبد البيع في القانون الأردني**. ط١. ١٩٩٣م. ص٢٨.

(٤) ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. دار الكتب العلمية. ٥/٦ وما بعدها. الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي . ١٠٥/٥. السرخسي. **المبسوط**. دار المعرفة. مرجع سابق. ٧٦/١٥. الطوري القادري. محمد بن حسين بن علي . **تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتب العليمة. بيروت. ط١. ١٤١٨هـ. ٤/٨. فرموزا. محمد. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. دار إحياء الكتب العربية. مرج سابق . ٢٢٦/٢. الحموي. أحمد. **غمز عيون البصائر**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ص١٣٢. الحدادي. **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية. مرجع سابق. ٢٥٩/١.

(٥) ابن عرفة. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. دار إحياء الكتب العربي. مرجع سابق. ٢/٤. الحطاب. **مواهب الجليل شرح مختصر خليلي** . دار الفكر. مرجع سابق. ٣٩٠/٥. المواق. **التاج والإكليل لمختصر خليل**. دار الكتب العليمة. مرجع سابق. ٤٩٣/٧.

(٦) السيوطي. **الأشباه والنظائر**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق. ص١٦٨. الزركشي. بدر الدين من محمد بهادر. **المنثور في القواعد الفقهية** . وزارة الأوقاف الكويتية. ٣٧٢/٢. زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي. ٤٠٣/٢ وما بعدها. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ١٢٤/٦. زكريا الأنصاري. **شرح البهجة**. المطبعة الميمنية. مرجع سابق. ٣١١/٣. قليوبي وعميرة. **حاشيتا قليوبي وعميرة**. دار إحياء الكتب العربية. مرجع سابق. ٦٨/٣.

(٧) ابن رجب الحنبلي. **القواعد**. دار الكتب العليمة. ص٥٠. المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٤/٦. البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. عالم الكتب. مرج سابق. ٢٥٢/٢. ابن مفلح. **الفروع**. علام الكتب. مرجع سابق. ٤٢٠/٤. الرحيباني. **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**. المكتب الإسلامي. ٥٧٩/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢.	أن المتعاقدين إن عرف مقصود كلامهما، انعقد بأي لفظ كان من الألفاظ التي عرف بها المتعاقدان مقصودهما، وهذا عام في كل العقود، فإن الشارع لم يحدد حداً لألفاظ العقود، بل ذكرها مطلقة[٢].

٣.	كما أن العبرة في العقود بمقاصد المتعاقدين ورضاهما، فإن عرف المقصود انعقدت بأي لفظ كان من الألفاظ التي تدل على رضاهما.[٣]

المذهب الثاني: فقد ذهب الشافعية[٤] والحنابلة[٥] في رواية أخرى عندهم، إلى عدم جواز انعقاد الإجارة بلفظ البيع .

ودليلهم في ذلك:

١.	لأن البيع موضوع لملك الأعيان، بخلاف الإجارة فهي تمليك للمنافع دون الأعيان.

٢.	الإجارة تختلف عن البيع في الحكم والاسم، فالبيع لا ينعقد بلفظ الإجارة، والإجارة كذلك يجب أن لا تنعقد بلفظ البيع.

٣.	لأن في الإجارة معنى خاص، افترقت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى، ولأن الإجارة تضاف إلى العين، ويضاف إليها البيع إضافة واحدة، فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما[٦].

---

[١] ابن قدامة. **المغني**. . دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٢٥١/٥.

[٢] المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. مرجع سابق. ٤/٦

[٣] الكاساني. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. تحقيق. علي محمود عوض. عادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية. ط١. ١٩٩٧م. ٥١٨/٥ وما بعدها.

[٤] الخطيب الشربيني. محمد بن أحمد. **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دار الكتب العلمية. مرجع سابق.٤٤٢/٣. الرملي. محمد بن شهاب الدين. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الفكر. مرجع سابق. ٢٦٣/٥. العجيلي. سليمان بن منصور. **حاشية الجمل**. دار الفكر. ٥٣٤/٣. البجيرمي. سليمان بن محمد. حاشية البجيرمي على المنهج. دار الفكر العربي. ١٥٥/٣. البجيرمي. **حاشية الخطيب على البجيرمي**. دار الفكر. ٢١٠/٣. زكريا الأنصاري . **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ٤٠٤/٢.

[٥] ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق. ٢٥١/٥. ابن رجب الحنبلي. القواعد. دار الكتب العلمية.مرجع سابق. ص٥٠ . المرداوي . **الإنصاف** . مرجع سابق.٤/٦. ابن مفلح. **الفروع**. مرجع سابق. ٤٢٠/٤. البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٥٤٧/٣. الرحيباني. **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**. المكتب الإسلامي. ٥٧٩/٣.

[٦] ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق. ٢٥١/٥.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤. ولأن لفظ البيع موضوع لتمليك العين، فلا يستعمل في المنفعة، كما لا ينعقد بلفظ الإجارة[1].

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

---

(1) ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. ٦/١٢٤. زكريا الأنصاري. **شرح البهجة**. المطبعة الميمنية. مرجع سابق .

٣/٣١١.

**الترجيح:**

أرجح الرأي الذي يقول بجواز إبرام عقد الإجارة بلفظ البيع، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فما دام مقصود المتعاقدين يتجه إلى الإجارة، فهو إجارة ولو كان بلفظ البيع

أيضا إن البيع والإجارة عقدان مقصودهما التمليك، ولكن عقد البيع تمليك عين، وعقد الإجارة تمليك منفعة، فلو قال شخص لآخر: ملكتك منفعة داري سنة بكذا، فهي إجارة وليس بيعاً، ولا فرق بين من يقول ملكتك منفعة داري وبين من يقول بعتك منفعة داري، وكلاهما إجارة. .

## المبحث السابع: تحول الإجارة إلى بيع:

لقد عرفنا من خلال ما سبق أن هناك علاقة وثيقة بين عقدي الإجارة والبيع، وفي بعض الأحيان يصعب التفريق بين العقدين، من خلال أن كلاهما عبارة عن تمليك، وأن الإجارة هي نوع من البيع، إلا أنها تمليك منفعة لا تمليك عين، أما البيع فهو تمليك عين لا منفعة.

وأيضا بحثت هل تجوز الإجارة بلفظ البيع أم لا، وتوقفت عند اختلاف الفقهاء في هذه المسألة.

ونظراً لما لعقد الإجارة من أهمية بالغة في عصرنا الحاضر، لكثرة تداوله بين الناس، واختلاطه بعقد البيع خصوصاً ، لذلك سأبحث مسألتين في غاية الأهمية، ظهرتا في عصرنا الحديث، واختلف فيهما الفقهاء المعاصرون، ألا وهما مسألة الإجارة المنتهية بالتمليك، ومسألة التنازل عن الثمار والحاصلات بعوض.

### المطلب الأول: تحول الإجارة المنتهية بالتمليك إلى بيع:

فما المقصود بالإجارة المنتهية بالتمليك؟ وما رأي الشريعة الإسلامية في هذا العقد؟ وتحت أي عقد يندرج،هل هو عقد بيع أم عقد إجارة؟

#### أولا: مفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك:

عقد الإجارة المنتهية بالتمليك عقد ظهر في العصر الحديث، لذلك لم يكتب عنه أحد من الفقهاء المتقدمين، أما الفقهاء المعاصرون، فإن معظم من كتب منهم عن هذا العقد لم يذكر تعريفاً محدداً له وقليل منهم من ذكر تعريفاً له، منهم:



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لقد عرفها وهبة الزحيلي: بأنها تمليك منفعة بعض الأعيان كالدور والمعدات، مدة معينة من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادة عن أجرة المثل، على أن يملك المؤجر العين المستأجرة للمستأجر، بناءً على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة أو في أثنائها، بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو إسقاطها، وذلك بعقد جديد، أي أن يتم تمليكها بعقد مستقل وهو إما هبة و إما بيع بثمن حقيقي أو رمزي.(١)

وكذلك عرفها محمد الزحيلي بأنها :" أن يتعاقد اثنان على عقد إجارة، ويدفع الأجرة أقساطاً، لكنه إن واظب على دفع الأجرة لمدة معينة أو لعدد من الأقساط في مواعيدها، يحول إلى بيع"(٢)

كما عرفها خالد الحافي:" بأنها عقد بين طرفين مؤجر فيه أحدهما الآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد"(٣)

فمن خلال ما سبق يتبين لنا أن جميع التعريفات متقاربة في المضمون، إذ تدور جميعها حول عقد يبرم بين شخصين، يكون هذا العقد عقد إجارة، ولكن بأجرة أكبر من أجرة المثل لمدة معينة من الزمن، على أن يكون هناك وعد من المؤجر بأن ينقل ملكية العقار المؤجر إلى المستأجر بعد انتهاء الفترة الزمنية الم تفق عليها، إما بعقد هبة أو بعقد بيع، ولكن بثمن تافه أو رمزي، أي يتحول عقد الإجارة إلى عقد بيع كما وصفه محمد الزحيلي.

### ثانيا: حكم الإجارة المنتهية بالتمليك:

لقد عرفنا من خلال ما سبق أن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك ظهر في العصر الحديث، و لم يكن الفقهاء قديماً قد عرفوه أو بينوا له أحكاماً.

أما الفقهاء المعاصرون الذين بحثوا هذا العقد، فقد حصل بينهم اختلاف في وجهات النظر على مشروعيته، بين مبيح ومقيد ومعارض له.

وكون بحثي هذا يتكلم عن تحول الأحكام في عقد الإجارة، فمسألة ذكر آراء الفقهاء في مشروعيته ليست من صلب البحث ولا مجال لذكرها هنا.

---

(١) الزحيلي. وهبة. **المعاملات المالية المعاصرة**. دار الفكر. دمشق. ط٣. ٢٠٠٦م.ص٣٩٤

(٢) الزحيلي. محمد. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة**.ص٦٦.

(٣) الحافي. خالد. **الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي**.ط٢. ١٤٢١هـ. ص٦٠



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالملاحظ من الفقهاء المسلمين أنهم قد اكتفوا ببيان المقصود بعقد الإجارة المنتهية بالتمليك وبيان مشروعيتها، وقبول هذا المصطلح واعتماده، دون البحث والتفصيل تحت أي عقد يندرج، هل هو عقد إجارة محضة، ويخضع لأحكام عقد الإجارة، أم هو عقد بيع.

أما القانون المدني الأردني فقد فصل في العقد وتكييفه، وهذا ما سأبحثه في المبحث التالي:

### ثالثا: الإجارة المنتهية بالتمليك عند أهل القانون:

لقد تناول شراح القانون عقد الإجارة المنتهية بالتمليك تحت مسميات كثيرة، منها: الإيجار الساتر للبيع،و الإيجار الذي ينقلب إلى بيع، والبيع الإيجاري، أو الإيجار المملك، وذلك عند شرحهم لما نص عليه بشأن هذا التعاقد في القانون المدني المصري المادة ٤٣٠ والتي تنص:

١. إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

٢. فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤.

٣. فإذا وفيت الأقساط جميعها، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

٤. وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً.[1]

وهذا ما نص عليه القانون المدني السوري في مادته ٣٩٨، والقانون المدني الليبي في المادة ٤١٩، والقانون العراقي في مادته ٥٣٤، والقانون الكويتي في المادة ١٤٠من قانون التجارة.[2]

---

[1] السنهوري. عبد الرزاق. **الوسيط في شرح القانون المدني**. مطابع دار النشر للجامعات المصرية. ١٧٩/٤.

[2] الشاذلي. حسن. **الإيجار المنتهي بالتمليك**. بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الخامسة. ٢٦٣٩/٤ وما بعدها.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فصورة العقد على أنه إجارة تنتهي بتمليك العين المؤجرة مقابل ثمن يتمثل في الأقساط الإيجارية التي دفعها خلال المدة المحددة للإيجار، وتنتقل الملكية تلقائياً بسداد آخر قسط من الأقساط ود ون حاجة إلى إبرام عقد جديد ودون ثمن سوى الأقساط التي تم دفعها.[١]

فيمكن تصور هذه الصورة بأن يقول مالك العين : أجرتك هذه السلعة بأجرة مقسطة كذا، لمدة كذا، بحيث تنتقل ملكية العين إليك تلقائياً بسداد آخر قسط، فيقول الطرف الآخر، قبلت.

فتكون هذه الصورة بناءً على ما نص عليه القانون للدني المصري في مادته ٤٣٠ مدني على أن هذه الصيغة تعتبر بيعاً لا إيجاراً، " أي يتحول عقد الإجارة إلى بيع " وتسري عليها أحكام البيع، ولو حاول المتعاقدان إظهار البيع إيجاراً، فقد عد القانون هذه الصيغة بيعاً بالتقسيط، على الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن، فانتقال ملكية المبيع للمشتري معلقة على شرط واقف منذ إبرام العقد.

فقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩٢٩/١٢/١١م بأن حقيقة العقد بيع لا إيجار، وذهبت محكمة النقض في ١٩٣٤/٦/٢١م، إلى أن تكييف العقد هل بيع أم إيجار؟، يتبع فيه قصد المتعاقدين، والمحكمة تستهدي في ذلك بنصوص العقد والظروف التي تحيط به.[٢]

أما القانون المدني الأردني فقد ذهب إلى ما ذهب إليه القانون المدني المصري واعتبره بيعاً لا إجارة [٣]، حين نص في المادة ٤٨٧ من القانون المدني الأردني الواردة في موضوع التزام البائع بنقل الملكية بأنه:

١. يجوز للبائع إذا ك ان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع.

٢. وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع[٤]

فهده المادة تقابل المادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري.

---

[١] سلطان. أنور. **العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة. دارسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني**. دار النهضة العربية . بيروت . ١٩٨٠. ص٢٨. البكري. محمد عزمي. **عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد**. دار محمود للنشر. ١٩٩٧م. ط٢. ص٢٦.

[٢] السنهوري. **الوسيط**. مطابع دار النشر للجامعات المصرية. مرجع سابق. ١٧٩/٤.

[٣] الزعبي. محمد يوسف. **العقود المسماة في شرح عقد البيع في القانون الأردني**. ط١. ١٩٩٣م. ص٣٢.

[٤] القانون المدني الأردني. **موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية**. مرجع سابق. ص١٥٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

### المطلب الثاني: التنازل عن الثمار والحاصلات بعوض :

من خلال البحث في كتب القانون وجدت أن شراح القانون قد بحثوا مسألة أخرى في تحول عقد الإجارة إلى عقد بيع، ألا وهي مسألة التنازل عن الثمار والحاصلات بعوض.

وصورتها أنه قد يتعاقد مالك العقار بأن يتنازل عن ثمار أرضه وحاصلاتها إلى طرف ثان مقا بل عوض مالي، وفي مثل هذه الحالة هل يكون العقد المبرم بينهما عقد بيع للثمار [١] أو المنتجات أم أنه عقد إيجار للأرض التي عليها الثمار، أو التي تؤخذ منها المنتجات[٢].

ولا يخفى أنه يترتب على اعتبار هذا العقد بيعاً أو إيجاراً نتائج هامة منها:

١. إذا اعتبرنا العقد إيجاراً وجب على المستأجر دفع الأجرة، حتى ولو لم تنتج الأرض محصولاً، أما إذا كان العقد بيعاً واقعاً على محصولات الأرض، فلا يلزم المشتري بدفع الثمن، إذا لم تنتج الأرض محصولاً.

٢. إذا لم يوجد اتفاق بالمصاريف اللازمة لزراعة الأرض، فهي على المستأجر إذا كان العقد إيجاراً، وتكون على البائع إذا كان العقد بيعاً.

٣. إذا كان العقد إيجاراً كان للمؤجر حق امتياز على الآلات الزراعية التي يحضرها المستأجر في الأرض وعلى المحصولات أيضاً، لاستيفاء الأجرة، وليست له هذا الحق إذا كان العقد بيعًا[٣].

ففي الحالة المذكورة يختلط البيع بالإيجار، ولا بد من تكييف هذا العقد لمعرفة ما إذا كان بيعاً أو إيجاراً.

لقد ذهب شراح القانون المصري إلى القول بأن العقود التي يكون موضوعها استخراج حاصلات كالمعادن والأحجار، تعتبر بيوعاً، لأن الحاصلات تنقص مقدار الشيء وتقطع جزءاً من أصله.

أما العقود التي يكون موضوعها ثمار الشيء، أي ما ينتجه في أوقات دورية منتظمة، دون نقص أو تغيير في أصله، تعتبر إيجاراً، إذا ضم إلى قبض الثمار الانتفاع الكلي بالعقار[١].

---

[١] **الثمار**: هي ما تعطيه الأشجار من ثمر وما تعطيه من زرع بصفة دورية متجددة دون أن تنقص الأشجار أو الأرض شيء. بينما **المنتجات**: هو ما ينتج من الشيء ليس بصفة دورية إنما بحسب رغبة الشخص. وينقص من أصل الشيء كالأحجار المستقطعة من الأرض والتراب والرمال وأغصان الشجر. أنظر: عباس الصراف. **شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي**. دارسة مقارنة. دار البحوث العلمية. الكويت. ط١. ١٩٧٥م. ص٧١.

[٢] الزعبي. **العقود المسماة. عقد البيع في القانون الأردني**. مرجع سابق. ص٢٩.

[٣] السنهوري. عبد الرزاق. أحمد. **شرح القانون المدني في العقود. عقد الإيجار**. المجمع العلمي العربي الإسلامي. منشورات محمد الداية. بيروت.ص٢٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما شراح القانون المدني الأردني فقد ذهبوا بحسب القانون المدني الأردني، إلى عدم جواز إجارة البستان من أجل قطف ثماره أو تقطيع شجرة أرض، أو أرض لتقطيع الحجارة منها، لأن المعقود عليه في هذه الأمثلة ليست المنفعة، وإنما العين ذاتها، وفي مثل هذه الحالة لا يمكن أن تكون إلا بيعاً، ولا يمكن أن تكون بأي حال إجارة، حتى لو أطلق عليها العامة من الناس أنها إجارة، وذلك أن مسألة تكييف العقد من مهمة القاضي وليست الأطراف، غير متقيد بما أطلقه الطرفان من وصف له[٢].

والذي أرجحه هو ما ذهب إليه شراح القانون المدني الأردني باعتبار هذه العقود عقود بيع لا إجارة، لأن الإجارة هي تمليك منفعة الشيء ، وفي العقود السابقة التي أوردها شراح القانون ا لمصري بخصوص الثمار والحاصلات، أن المعقود عليه لم يكن في أي منها منفعة الشيء، بل الشيء ذاته، فمن يستأجر منزلاً يملك الانتفاع فيه فقط، ولا يجوز له أن ينتقص منه شيئاً أبدًا، وهذا خلاف الثمار والحاصلات التي فيها انتقاص حقيقي للشيء، وغير صحيح أن الثمار لا تنقص من الشجر شيئا، وإلا كانت معدومة، وهذا مستحيل، لأنها ثمار موجودة بين أيدي المتنازل إليه.

## المبحث الثامن: تحول الإجارة إلى سلم:

علمنا سابقاً أن الإجارة هي تمليك منفعة معلومة بعوض، سواء أكان هذا العوض عيناً أو ديناً، فالإجارة بذلك تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الإجارة الواردة على نوع معين:

وهي التي يلتزم فيها العاقدان بأن يكون محل العقد منفعة شخص معين، مثل أن يقول المستأجر في الإجارة الخاصة : أجرت زيداً لعمل كذا لمدة كذا، وفي الإجارة المشتركة يقول: أجرتك أيها الخياط هذا الثوب أو بناءاً لبناء حائط[٣].

القسم الثاني: الإجارة في الذمة:

---

(١) سلطان. أنور. **شرح عقدي البيع والمقايضة**. مرجع سابق. ص٢٧. السنهوري. **شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص٢٣. البكري. **عقد الإيجار**. مرجع سابق. ص٢١.

(٢) الزعبي. **العقود المسماة**. مرجع سابق. ص٣١.

(٣) الباجي. سليمان بن خلف الباجي. **المنتقى شرح الموطأ**. دار الكتاب الإسلامي. مرجع سابق. ١١٤/٥. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي . مرجع سابق١٢٤/٦. قليوبي وعميرة. **حاشيتا قليوبي وعميرة**. دار إحياء الكتب العربية. مرجع سابق. ٦٩/٣. الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دار الكتب العلمية مرجع سابق.. ٤٤٢/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهي ما يكون محل العقد منفعة موصوفة في الذمة، وصفاً تنتفي به الجهالة[1]، وذلك بأن يقول في الإجارة الخاصة، لزيد –مثلا– اتفقت معك على أن تقوم بتأجيري شخص مواصفاته كذا ليقوم بخدمتي أو تطبيبي لمدة سنة بمبلغ كذا، أو لإجراء عملية جراحية، أو لتعليم شخص في تخصص كذا، تكون الأجرة لكل فصل، أو سنة بكذا، وهكذا، وحينئذ يجوز أن يقوم زيد بهذا الواجب، أو أي شخص آخر تتوافر فيه المواصفات المطلوبة.

وهذا النوع من الإجارة هو مدار بحثنا في هذه المسألة، لتعلقها بقضايا معاصرة، الناس يحتاجون إليها، فمثلاً تذاكر السفر التي يحتاجها الناس اليوم للسفر إلى خارج بلادهم، فخدمة النقل هي منفعة موصوفة في الذمة، وكذلك عمليات شحن البضائع من بلد إلى آخر براً أو جواً، فهي منفعة متعلقة بذمة أصحاب مكاتب الشحن، فهذا العقد ضمن هذه الشروط، وهي إبرام عقد موصوف في الذمة، في مجلس يدفع بالأجرة.

فهل هذا العقد عقد إجارة أم عقد سلم؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين، هما:

القول الأول: ذهب المالكية[2] والشافعية[3] إلى اعتباره سلماً في المنافع، وشرطوا له شروطا لجوازه:

١. أن تكون الأجرة حالة، أي نقداً في مجلس العقد، لأن هذه إجارة سلم في المنافع، فيشترط تسليم رأس مال السلم.

٢. تعيين العين المستأجرة جنساً ونوعاً وصفة، كسيارة أو باخرة كبيرة أو صغيرة، حديثة أو قديمة

وذلك نظراً للمعنى " وهو السلم" فلا يجوز فيها تأخير الأجرة، ولا الاستبدال عنها، وعليه فإن تفرقا قبل القبض، بطلت الإجارة، واعتبر من باب بيع الدين بالدين المنهي عنه.

---

[1] زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي مرجع سابق.. ٤٠٣/٢.

[2] الباجي. سليمان بن خلف الباجي. **المنتقى شرح الموطأ**. دار الكتاب الإسلامي. مرج سابق.١١٤/٥. عليش. **منح الجليل شرح مختصر خليل** . دار الفكر. ٤٥٦/٧. الحطاب. **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**. دار الفكر. ٣٩٠/٥. النفراوي. أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا. **الفواكه الدواني** . دار الفكر. مرجع سابق. ١١٢/٢.

[3] السيوطي. **الأشباه والنظائر**. دار الكتب العليمة. مرجع سابق. ١٦٨. الزركشي. **المنثور في القواعد الفقهية**. وزارة الأوقاف الكويتية. مرجع سابق. ٣٧٣/٢. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. ١٢٣/٦. الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دار الكتب العلمية. مرج سابق. ٤٤٥/٣. النووي. **المجموع شرح المهذب**. المطبعة المنيرية. مرجع سباق. ١٠٢/٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وحجتهم في ذلك: أن السلم كما هو معروف هو بيع موصوف في الذمة، يجب فيه دفع رأس مال السلم في مجلس العقد، وذلك تجنباً لبيع الدين بالدين، وهما العين " المبيع" وهو الموصوف في الذمة، والثمن " أي ثمن المبيع". والإجارة في الذمة تحمل نفس المعنى، لذلك اشترطوا فيه ما اشترطوه في السلم.[1].

القول الثاني: ذهب الحنفية[2] والحنابلة[3] إلى أن إجارة الذمة تبقى إجارة ولا تتحول إلى سلم، ولا يشترط فيها تسليم الأجرة في نفس المجلس.

وحجتهم في ذلك: أن الإجارة تستوفى شيئاً فشيئاً، وعليه قالوا: من استأجر بعيراً إلى مكة، فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة، وقال أو حنيفة : لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة، وانتهاء السفر، وهذا سواء أكانت الإجارة عينًا أم ديناً موصوفة في الذمة[4].

---

[1] الباجي. سليمان بن خلف الباجي. **المنتقى شرح الموطأ**. دار الكتاب الإسلامي. مرج سابق.١١٤/٥. عليش. م**نح الجليل شرح مختصر خليل** . دار الفكر. ٤٥٦/٧. الحطاب. **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**. دار الفكر. ٣٩٠/٥. النفراوي. أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا. **الفواكه الدواني** . دار الفكر. مرجع سابق. ١١٢/٢.

السيوطي. **الأشباه والنظائر**. دار الكتب العليمة. مرجع سابق. ١٦٨. الزركشي. **المنثور في القواعد الفقهية**. وزارة الأوقاف الكويتية. مرجع سابق . ٣٧٣/٢. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. ١٢٣/٦. الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دار الكتب العلمية. مرج سابق. ٤٤٥/٣. النووي. **المجموع شرح المهذب**. المطبعة المنيرية. مرجع سابق.١٠٢/٧

[2] البابرتي. **العناية شرح الهداية**. دار الفكر. مرجع سابق. ٧٨/٩. ابن الهمام. كمال الدين بن عبد الواحد. **فتح القدير**. دار الفكر. مرجع سابق . ١٠٦/٩.

[3] المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. مرج سابق. ٤٤/٦. البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. عالم الكتب. مرجع سابق.٢٤١/٢. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. المكتب الإسلامي. مرجع سابق. ٥٧٩/٣.

[4] البابرتي. **العناية شرح الهداية**. دار الفكر. مرجع سابق. ٧٨/٩. ابن الهمام. كمال الدين بن عبد الواحد. **فتح القدير**. دار الفكر. مرجع سابق . ١٠٦/٩. المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. مرج سابق. ٤٤/٦. البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. عالم الكتب. مرجع سابق .٢٤١/٢. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. المكتب الإسلامي. مرجع سابق. ٥٧٩/٣



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وعليه فخلاصة قولهم أنهم لم يشترطوا دفع الأجرة في مجلس عقد الإجارة الموصوفة في الذمة، وتبق ى إجارة، إلا إذا اشترط ذلك ابتداءً، لذلك فالإجارة الموصوفة في الذمة جائزة وتبقى إجارة، وإن تأخر دفع الأجرة عن مجلس العقد، لأنها عوض في العقد، ومعاوضة محضة. فلم يجب تسليمها في مجلس العقد كالإيجارات الواردة على الأعيان.

وبعد هذا العرض لمسألة إجارة الذمة، وال تعرض لأقوال العلماء في تكييف عقد إجارة الذمة، يتبين أن المالكية والشافعية قد اعتبروا أن إجارة الذمة هي سلم، واخضعوا لها أحكام السلم، من حيث تسليم الأجرة في مجلس العقد، واعتبروا تأخير الأجرة عن مجلس العقد من باب بيع الدين بالدين، وهذا نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم.

أما الحنفية والحنابلة، فلم يشبهوا عقد إجارة الذمة بالسلم، واعتبروه ا من باب إجارة الأعيان، و لم يشترطوا قبض الأجرة في مجلس العقد.

**الرأي الراجح**:

من خلال عرض آراء الفقهاء والوقوف على أدلتهم أرجح قول المالكية والشافعية في اعتبار إجارة الذمة من باب السلم، وذلك لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وبما أن هذا العقد وإن كان بلفظ الإجارة، إلا أنه تضمن شروط وأحكام عقد آخر، ألا وهو عقد السلم، فيجب أن نخضع له أحكام عقد السلم، وهي تسليم الأجرة في مجلس العقد، من أجل الخروج عن نهي النبي صلى الله عليه وسلم، من بيع الدين بالدين.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## الفصل الثالث: تحول الأحكام في عقد المضاربة:

ويشمل:

المبحث الأول: مفهوم المضاربة:

المطلب الأول: المضاربة لغةً:

المطلب الثاني: المضاربة شرعاً:

المطلب الثالث: المضاربة في القانون المدني الأردني:

المبحث الثاني: ألفاظ المضاربة أو ما في معناها:

المبحث الثالث: مشروعية عقد المضاربة:

أولا : من الكتاب:

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة:

ثالثا: الإجماع:

رابعا: القياس:

المبحث الرابع: أركان المضاربة:

المبحث الخامس: تحول الأحكام في عقد المضاربة:

المطلب الأول: إذا اشترط المعاقدان أن يكون الربح للعامل:

المطلب الثاني: أن يتفق المتعاقدان أن يكون كل الربح لرب المال:

المطلب الثالث: تحول عقد المضاربة إلى إجارة

المطلب الرابع: موقف القانون المدني الأردني من تحول عقد المضاربة:

المبحث السادس: آثار عقد المضاربة:

أولا : المضاربة بعد حدوث الربح شركة.

ثانيا: المضاربة وكالة عند التصرف في المال:



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الأول: مفهوم المضاربة:

### المطلب الأول: المضاربة لغة:

الضاد والراء الباء أصل واحد، ثم يستعار ويحمل عليه، ومن ذلك ضربت ضرباً ،إذا أوقعت بغيرك ضرباً، ويستعار ويشبه به الضرب في الأرض، وتجارة في الأرض، وغيرها من السفر.[1] وضاربه في المال، من المضاربة وهي القراض.[2]

وذكر ابن منظور[3] المضاربة على وزن مفاعله، مشتقة من الفعل " ضرب" ، ومن معانيها: الضرب بمعنى الكسب: يقال: فلان يضرب المجد أي يكسبه، وهي أيضاً مشتقة من الضرب في الأرض، يقال: ضرب في الأرض، ضرباً، بمعنى سار في ابتغاء الرزق، ابتغاء الخير.[4]

قال تعالى : " [illegible]"[5]

وضرب في الأرض، يضرب ضرباً، ومضرباً بفتح الراء أي سار لابتغاء الرزق، وضاربه في المال من المضاربة وهي القراض[6].

والمضاربة أن تعطي إنساناً من مالك يتجر به على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح، وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض، وضارب له: اتجر في ماله.[7]

---

(1) ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. مرجع سابق. ٥٨٩.

(2) الجوهري. **الصحاح** مرجع سابق..١٨٢/١. الفيومي. **المصباح المنير** مرجع سابق..٤٢١/٢.

(3) **ابن منظور**: هو جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم. ( ٦٣٠-٧١١ هـ) من كتبه : لسان العرب. أنظر **شذرات الذهب**.٢٦/٦. ط دار ميسرة. لبنان. بيروت

(4) ابن منظور. **لسان العرب** مرجع سابق.. ٤٧٨/٥. مجمع اللغة العربية. **المعجم الوسيط**. ط٣. دار عمران.٥٥٦/١.

(5) **سورة النساء**: آية ١٠١.

(6) الرازي. محمد بن أبي بكر الرازي.**مختار الصحاح**. منشورات أبو شنب. عمان. ص٣٧٨-٣٧٩. ١٨٢.

(7) الفيروزبآدي. **القاموس المحيط**.١٠٢٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثاني: المضاربة شرعاً:

لقد عرف الفقهاء المضاربة تعريفات متعددة، أذكر منها:

تعريف الحنفية: فقد عرف ابن عابدين[١] المضاربة بقوله"وهو عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب"[٢]

فهذا التعريف صريح في أن المضاربة هي العقد، فهي عندهم عقد شركة في الربح، أي عقد ينتج عنه الاشتراك في الربح إن وجد، لأن ركن المضاربة عندهم هو الإيجاب والقبول، فإذا وجد العقد على أن يكون الاشتراك في الربح[٣].

والملاحظ على هذا التعريف: أن الحنفية لم يتطرقوا لذكر شيء من شروط العاقد والمعقود عليه[٤]، كما أن التعريف لم يتطرق إلى كيفية الاشتراك في الربح الذي هو مقصود المتعاقدين من هذه الشركة.

أما المالكية: فقد عرفوا المضاربة بأنها: " توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء بربحه إن علم قدرها ولو مغشوشاً"[٥]

---

[١] **ابن عابدين:** محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي (١١٩٨ - ١٢٥٢ هـــ = ١٧٨٤ - ١٨٣٦ م): فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. له (رد المحتار على الدر المختار) خمس مجلدات، فقه، يعرف بحاشية ابن عابدين، و (رفع الانظار عما أورده الحلبي على الدر المختار) و (العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية) جزآن، و (نسمات الاسحار على شرح المنار) أصول، و (حاشية على المطول) في البلاغة، و (الرحيق المختوم) في الفرائض، و (حواش على تفسير البيضاوي) التزم فيها أن لا يذكر شيئا ذكره المفسرون، و (مجموعة رسائل) مجلدان، وهي ٣٢ رسالة، و (عقود اللآلي في الاسانيد العوالي) وهو ثبته.أنظر:**الأعلام**:٤٢/٦.

[٢] ابن عابدين. محمد أمين عمر. **رد المحتار على الدر المختار**.دار علم الكتب.. طبعة خاصة.٢٠٠٣م. السعودية. الرياض. ٤٣٠/٨.السيواسي. كمال الدين محمد بن محمد عبد الواحد. المعروف بابن الهمام . **شرح فتح القدير**. مطبعة المكتبة التجارية الكبرى. مصر. ٢٠/٥. الشيخ النظام. وجماعة من علماء الهند. **الفتاوى الهندية**. المغروفة بالفتاوى العالمكيرية. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط١ .٢٠٠٠م. ٣١١/٤.

[٣] الكاساني. علاء الدين أبي بكر بن مسعود. **بدائع الصنائع** في ترتيب الشرائع.تحقيق محمد عوض. عادل أحمد عبد الموجود.دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط١ ٣/٨ .

[٤] السلمي. سعد بن غرير بن مهدي. **شركة المضاربة في الفقه الإسلامي. دارسة تحليلية مقارنة**.مركز بحوث الدراسات الإسلامية. مكة . ١٩٩٧م. ص٣٤.

[٥] مالك بن أنس. **المدونة الكبرى**.رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي. عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.٦٢٩/٣ لبنان.٦٢٩/٣ . .الدسوقي.شمس الدين محمد عرفة.**حاشية الدسوقي. على الشرح الكبير**.لأبي البركات. أحمد الدردير. دار الفكر.٥١٧/٣. الحطاب. أبي



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويلاحظ على هذا التعريف: أن المالكية يشترطون في المال أن يكون نقداً، معنى هذا لو كان عرضاً أو ديناً لا يجوز عندهم.[1]

وعلى هذا لا بد أن يكون كل من رب المال والعامل من أهل التوكيل والتوكل، فلا يصح عندهم من صغير مميز، ولا من مجنون أو معتوه.

والشافعية عرفوا المضاربة : " أنها عقد يتضمن دفع مال لآخر ليتجر له فيه والربح بينهما"[2]

ويؤخذ على هذا التعريف: اشتراط الدفع في تعريف المضاربة، ومعناه أنه لا تجوز المضاربة عندهم إلا بالمال الحقيقي، لأنه هو الذي يتصور فيه الدفع، أما لو كان المال حكمياً ، بأن كان ديناً على شخص أجنبي أو على المضارب نفسه فلا يجوز عنده، لأنه لا يتصور فيه الدفع[3].

وعرفها الحنابلة بقولهم: " هي دفع ما له إلى آخر يتجر به، والربح بينهما"[4]

وباستعراض التعريفات المقدمة، يتضح أن جميع التعريفات السابقة متفقة على أن المضاربة العقد صراحةً أو ضمناً، وهو توافق بين إرادتين على إحداث أثر شرعي معين، وهو هنا تصرف العامل في مال المالك بجزء من ربحه.

---

عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي . **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل**. لعبد الله محمد بن يوسف المواق. ضبط الشيخ زكريا عميرات. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط١. ١٩٩٥م. ٤٣٨/٧. الدردير . أحمد . **الشرح الكبير**. ٤٦٣/٣.

[1] الدبو. إبراهيم فاضل. **عقد المضاربة دراسة في الاقتصاد الإسلامي**. ط١. ١٩٩٨م. دار عمار .ص٣١.

[2] الأنصاري.أبي يحيى زكريا. **أسنى المطالب** شرح روض الطالب.ضبط نصه وخرج أحاديثه: محمد محمد تامر. دار الكتب العلمية. بيروت . لبنان . ط١. ٢٠٠١م.٣٢٣/٥. الشربيني. شمس الدين محمد بن الخطيب . **مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** .دار الفكر للطباعة والنشر . ط١. ٢٠٠٥مـ . ٤١٨/٢. النووي. أبي زكريا يحيى بن شرف.**روضة الطالبين**. تحقيق عادل أحمد عبد الجواد. علي محمد معوض. ١٩٧/٤. القيلوبي. شهاب الدين أحمد بن سلامة. عميرة.شهاب الدين أحمد البرلسي . **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. ضبطه وصححه عبد اللطيف عبد الرحمن. دار الكتب العلمية . بيروت. لبنان . ط١. ١٩٩٧م. ٧٨/٣.

[3] الدبو. إبراهيم فاضل. **عقد المضاربة دراسة في الاقتصاد الإسلامي**.ط١. ١٩٩٨م. دار عمار. ص٣١.

[4] المرداوي. أبي الحسن على بن سليمان. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**. تحقيق محمد حامد الفقي. ط١. ١٩٥٧م. دار إحياء التراث العربي. لبنان. بيروت. ٤٢٧/٥. ابن مفلح. شمس الدين أبي عبد الله محمد. **الفروع**. علم الكتب. ٣٧٨/٤. الرحيباني. مصطفى السيوطي.**مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**.منشورات المكتب الإسلامي. بيروت.٥١٣/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

### المطلب الثالث: المضاربة في القانون المدني الأردني:

لقد عرف القانون المدني الأردني المضاربة في مادته (٦٢١) بأنها: "عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال، والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح".[١]

فهي عقد يقوم على تقديم المال من أحد الطرفين، والعمل من الطرف الآخر[٢].

وأما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المضاربة في مادتها (١٤٠٤): " على أنها نوع شركة على أن يكون رأس المال من طرف والسعي والعمل من الطرف الآخر، ويدعى صاحب المال رب المال، والعامل مضارباً"[٣]

وفي معجم مصطلحات الشريعة والقانون: عقد المضاربة هي عملية الاتجار بالعمل، والمضارب هو الشخص الذي يوظف أموالاً في سوق البورصة، بقصد التعامل بالأوراق المالية[٤].

## المبحث الثاني: ألفاظ المضاربة أو ما في معناها:

١. المضاربة:

وهو لفظ صريح فيها، لأنه مأخوذ من الضرب في الأرض، ففي قوله تعالى : "( ❑◆⬈◆✤⌘⊠❷⬉❑♌♦

③♦➢⇳❸♐⏎⬅❑♌♦ ×♐❼ ✤⧁♎❻⬀⬂⬁ ③♦⌛⬀✍♦⇔⬈❑♌♦ ✍♐♊ ▫•⇳☯⇳⇴

✤⧁✍★)[٥] والمراد السير فيها والسعي وراء الرزق الحلال، وسمي العقد مضاربة: لأن العامل في المال – وهو المضارب – غالباً يسافر ويسعى في الأرض، ويسير من بلد إلى بلد جرياً وراء الربح وابتغاء لفضل الله تعالى، ولأن رب المال والمضارب كل واحد منهما يسهم في الربح.[٦]

---

[١] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية . **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص١٦٠.

المكتب الفني. **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**. عمان. ٥٣٢/٢.

[٢] الزحيلي. **العقود المسماة**. مرجع سابق.ص١٨٨.

[٣] حيدر . علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**.مرجع سابق. ٤٢٥/٣.

[٤] كرم. عبد الواحد. **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**.ط١. ١٩٩٥م .مرجع سابق. ص٣٨٨.

[٥] **سورة المزمل**: آية ٢٠.

[٦] طموم. محمد . **المضاربة في الشريعة الإسلامية**. ط٢. ١٩٨٧م. مطبعة حسان. القاهرة. ص١٨.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**٢. القراض والمقارضة:**

وكلاهما لفظ صريح أيضاً، وقد تعارف عليه أهل المدينة المنورة، وهما من القرض، بمعنى القطع، وسميت بالمقارضة، لأن رب المال في المضاربة يرفع يده عن ماله الذي جعله رأس مال المضاربة، ويقطع سلطته عنه، ويسلمه للعامل وهو المضارب، ويعطيه سلطة التصرف في رأس المال، حتى يصبح رب المال أجنبياً عن التصرف في رأس المال، وإن كان مالكاً لرقبته.[١]

**٣. المعاملة:**

وهذا اللفظ مستخدم عند العراقيين خاصة، يقال : عاملت الوجل أعامله معاملة، أي: أعطيته المال مضاربة [٢]،فلفظ المعاملة فيه معنى المضاربة، لأنه يشتمل على الشراء والبيع، والربح دائماً نتيجة لهما، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، واختيار ألفاظ معينة في العقود لأنها معبرة عن المعنى المراد وبدون تفصيل وتو ضيح، ولأن العبرة بالمعنى، فلو قال الموجب : دفعت إليك هذه الدنانير معاملة على أن ما ربحت منه فهو بيننا نصفان، و لم يزد على ذلك، وقبل الطرف الآخر، صح العقد، والعقد عقد مضاربة. وجواز ذلك لأن الإيجاب اشتمل على معنى المضاربة، جاز العقد وصح.[٣]

فالمصطلح الذي أميل إليه وأرجحه هو لفظ المضاربة، لكونه في بلادنا هو الأكثر انتشاراً ومعرفة، فضلاً إلى أن مصطلح القراض والمقارضة والمعاملة ليس معروفاً ولا منتشراً في بلادنا، فلو ابرم شخص عقد مضاربة بلفظ المعاملة مثلاً، لما فهم الشخص المقابل مقصود قوله. ولوقع التزاع بينهما.

---

[١] الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق. ٣١١/٤. الإمام مالك. **المدونة الكبرى**.مرجع سابق ٦٢٩/٣. . ابن عرفة.**حاشية الدسوقي**.٥١٧/٣ . الشافعي. محمد بن إدريس. **الأم**. اعتنى به حسان عبد المنان. طبعة بيت الأفكار الدولية .ص٦٣٣. النووي. أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي. **المجموع شرح المهذب**. دار الفكر. ٢/١٢.قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق. ٧٨/٣. الشربيني. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب. **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**. تحقيق. علي محمد معوض. عادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط١. ١٩٩٤م.١٢٩/٢. ابن قدامة. موفق الدين محمد عبد الله. **.المغني والشرح الكبير على متن المقنع**. دار الفكر. بيروت. لبنان. ط١. ١٩٨٤. ١٣٥/٥. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق. ٥١٣/٣.

[٢] النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق. ٢٠٤/٤. الجمل. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي. **حاشية الجمل** على شرح المنهج. على شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري. علق عليه وخرج آياته. عبد الرزاق غالب المهدي.دار الكتب العملية. بيروت. ط١. ١٩٩٦. ٤٦٩/٥..

[٣] الحمصي. على نديم. **الشركات المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي**. مجد المؤسسة الجامعية.بيروت. ط١. ٢٠٠٣م. ص٢١١. طموم . **المضاربة في الشريعة الإسلامية**.مرجع سابق. ص٢٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الثالث : مشروعية عقد المضاربة:

المضاربة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والقياس

### أولاً : بالكتاب:

قوله تعالى : " ❒◆➚◆✤⌘⌧❷⬉❒♌◆ ③◆➢⇳❸❏✇⬅❒♌◆ ×❏❼ ✁✍✇☞❻⬀⬂⬃

③◆⌛⬀◆⇔➚❒♌◆ ✍♋ ♊ ▫◆✗⇳♔✆ ✁✍✇★)"[١]

والمقصود : السفر والتنقل لكسب المال الحلال لسد حاجة المرء وعياله[٢].

وقوله تعالى : " ▫◆⌧❏❶◆✁ ♎✗➔❿◆❀♉ ✁✍⏲◌⏲▮▫◆▮▯➚

▫◆✍✍☼☞◆⌖♉❷⬉❒✁☎ ×❏❼ ✁✍✇☞❻⬀⬂⬃ ❒◆✁✍✇❒⬀◆⇔➚❒✁☎ ♊ ♉ ✍

▫◆✗⇳♔✆ ✁✍✇★ ❒◆✁✍✇❶⬂✇⬀❷⬉❒✁☎ ✁✍✇⅄ ✇⌧♉❷❸⏲✁

◎⅄➔⌧▣✷▤➚✇⬀✍ ➔▦⬂▣❏⬅❒♌◆ "[٣]

قال القرطبي: وفي الآية أمر من الله تعالى بالانتشار في الأرض للتجارة والتصرف في الحوائج.[٤]

فالملاحظ أن هذه الآيات على عمومها تدعو إلى السعي والضرب في الأرض ابتغاء للرزق، ويتحقق – بفضل الله تعالى – بالتجارة. والتجارة هي المضاربة بعينها. فدلت الآيات الكريمة السابقة على مشروعية المضاربة وجوازها، بل على الإستحباب.

### ثانيا: من السنة النبوية الشريفة:

فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسليم قد ضارب للسيدة خديجة، رضي الله عنها، بمالها وسافر به إلى الشام قبل أن يبعث.[٥]

وقد كان معمولاً بها في الجاهلية ولما جاء الإسلام أقرها.[١] وقد تعامل الصحابة بها من غير نكير، فكان ذلك إجماعاً منهم على جوازها.[٢]

---

(١) **سورة المزمل**. آية ٢٠.

(٢) القرطبي. **الجامع لأحكام القرآن** . دار الكتاب العربي.٥٤/١٩.

(٣) **سورة الجمعة**. آية ١٠.

(٤) القرطبي. **الجامع**. مرجع سابق. ١٠٨/١٨.

(٥) ابن هشام. أبو محمد عبد الملك. **سيرة ابن هشام**.مطبعة مصطفى البابي. مصر. ص٢. ١٩٥٥م. ١١٨/١. الأنصاري. أبي زكريا. **أسنى المطالب** . مرجع سابق.٣٢٣/٥. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق. ٥١٣/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وما روي عن أبن عباس – رضي الله عنه – قال: **كان العباس بن عبد المطلب – رضي الله عنه– إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا يترل به وادياً،ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأجازه.**[٣]

وفي هذا الأثر دلالة واضحة على إجازة النبي صلى الله عليه وسلم لشروط العباس– رضي الله عنه– وتقرير لهذا العقد، والتقرير أحد وجوه السنة، وكذا بعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون بالمضاربة فلم ينكر عليهم، وذلك تقرير لهم على ذلك[٤][٥].

وروى أبن ماجة عن صهيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" **ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقايضة، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع**"[٦].

---

[١] الصنعاني. محمد بن إسماعيل. **سبل السلام**. دار الكتب العلمية. م٢. ٧٧/٣.

[٢] الشوكاني. محمد بن علي. **نيل الأوطار**.دار الجيل. بيروت. ١٩٧٣م. م٣. ٣٩٤/٥.

[٣] الهيثمي. علي بن أبي بكر.ت٨٠٧هـ.**مجمع الزوائد** .دار الريان للتراث. القاهرة.١٤٠٧هـ . باب المضاربة وشروطها. ١٦١/٤. فيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب. وقال عنه الدارقطني: أن فيه أبا جارود وهو ضعيف. أما ابن حجر العسقلاني فقد قال: أما ابن عباس فلم أروه عنه، نعم رواه البيهقي عن أبيه العباس بسند ضعفه، وأخرج الطبراني في الأوسط من طريق حبيب بن يسار عن ابن عباس قال : كان العباس إذا دفع مالاُ مضاربة، فذكر القصة، وفيه أنه رفع اشرط إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأجازه وقال: لا يروى إلا بهذا الإسناد، تفرد به محمد بن عقبة عن يونس بن أرقم عن الجارود عنه وأما جابر فرواه البيهقي بسند قوي أنه كان يدفع المال مضاربة إلى أجل ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد ولا يبتاع به حيواناً ولا يحمله في بحر فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال . أنظر: الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن، ت ٣٨٥هـ، **سنن الدارقطني**، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني، ٧٨/٣. ابن حجر العسقلاني، **تلخيص التحبير**، مرجع سابق، ٥٨/٣.

[٤] ابن حجر. أحمد بن علي العسقلاني. أبو الفضل **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**.قال: لم أجده .كتاب المضاربة والوديعة والعارية . دار المعرفة . ١٨١/٢.

[٥] الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق. ٤/٨. السيواسي. **تكملة فتح القدير**. ٢٠/٥. الشربيني.**الإقناع**.مرجع سابق. ١٢٩/٢. قيلوبي وعميرة . **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. ٧٨/٣.

[٦] **رواه ابن ماجة**. محمد بن يزيد. أبو عبد الله القزويني. ت٢٧٥هـ. دار الفكر. بيروت. تحقيق . محمد فؤاد عبد الباقي . .باب الشركة والمضاربة.حديث رقم: ٢٢٨٩ . ٧٦٨/٢. وذكر صاحب مصباح الزجاجة أن هذا الحديث اسناد ضعيف، وفيه صالح بن صهيب وهو مجهول، وعبد الرحمن بن داود محفوظ، وقال البخاري: حديثه هذا موضوع. أنظر: الكناني،أحمد بن أبي بكر بن اسماعيل ت ٨٤٠هـ، **مصباح الزجاجة** ، دار العربية،



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ثالثا: **الإجماع:**

قال ابن قدامة: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة.[1] وقال الكاساني: وأما الإجماع فإنه قد روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم، من كبار الصحابة، لم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد، ومثله يكون إجماعاً[2].

رابعا: **القياس:**

فالمضاربة قيست على المساقاة[3]، لحاجة الناس إليها، لأن الناس بين غني وفقير، والإنسان قد يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى أوجه التصرف والتجارة به، وهناك من لا مال له، لكنه مهتد في التصرفات، فكان في تشريع هذا العقد تحقيق للحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم[4].

## المبحث الرابع: أركان المضاربة:

كما في باقي العقود: ذهب الحنفية إلى أن للمضاربة ركن واحد وهو: الصيغة – الإيجاب والقبول- وبألفاظ تدل عليها.

فألفاظ الإيجاب: هي لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة، وما يؤدي معاني هذه الألفاظ، بأن يقول رب المال: خذ هذا المال مضاربة على ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث، أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة[1].

---

بيروت، ١٤٠٣هـ، ط٢، تحقيق محمد المنتقى الكشناوي ٣٧/٣. أنظر أيضاً: الوادياشي، عمر بن علي بن أحمد الأندلسي، ت ٨٠٤هـ، **تحفة المحتاج**، دار حراء، مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ، ط١، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني، ٢٨٧/٢.

[1] ابن قدامة.**المغني** على الشرح الكبير.مرجع سابق.١٣٥/٥.

[2] الكاساني.**بدائع الصنائع**.مرجع سابق.٤/٨٠. وفي مثله أيضا: السيواسي. **تكملة فتح القدير**. مرجع سابق. ٢١/٥.السرخسي.أبي بكر محمد بن أحمد. **المبسوط**. دار المعرفة. بيروت. ١٨/٢٢.الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**.٣/١٢. الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج**.مرجع سابق.٤١٨/٢. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق.١٩٧/٤. الخطيب الشربيني. **الإقناع**. مرجع سابق.١٢٩/٢. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق.٧٨/٣. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق. ٥١٣/٣.

[3] **المساقاة:** هي عقد بين عامل ومالك شجر أو زرع على أن يقوم العامل بخدمة الشجر أو الزرع مدة معلومة في نظير جزء شائع من غلته. أنظر وهبة الزحيلي.**العقود المسماة**. مرجع سابق. ص٢٤٨.

[4] الزحيلي. وهبة . **الفقه الإسلامي وأدلته**. دار الفكر. ط١. ١٩٨٤م.٨٣٩/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وكذا إذا قال: مقارضة أو معاملة، أو قال: خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من شيء فهو بيننا على كذا، و لم يزد على هذا فهو جائز، لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد، والعبرة في العقود لمعانيها، لا لصور الألفاظ[٢].

وألفاظ القبول: هي أن يقول العامل المضارب: أخذت، أو رضيت، أو قبلت، أو نحوها، وإذا توافر الإيجاب والقبول انعقد العقد[٣].

وأما أركان عقد المضاربة عند الجمهور فهي ثلاثة : عاقدان-مالك، عامل- ومعقود عليه- رأس المال والعمل والربح- وصيغة – إيجاب وقبول- وعده الشافعية خمسة أركان: وهي عاقد وصيغة ورأس مال وعمل وربح[٤].

## المبحث الخامس: تحول الأحكام في عقد المضاربة:

لقد ذكرنا سالفاً أن الأصل في عقد المضاربة أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين، وذلك بحسب نسبة متفق عليها، إما النصف أو الثلث أو الربع،وهذا من أهم شروط عقد المضاربة، ولكن إذا كان هناك شرط على خلاف ذلك، خرج العقد عن المضاربة، نحو اشتراط المتعاقدين أن يكون الربح للعامل، أو اشتراط المتعاقدين أن يكون الربح كله لرب المال، فما حكم هذا العقد؟ وهل يصح أم يبطل أم يتحول إلى عقد آخر اندرج تحت شروطه.؟

وفيما يلي بيان ذلك:

---

(١) السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق. ٢٧/٢٢. الزيلعي. فخر الدين عثمان بن علي. **تبيين الحقائق** شرح كنز الدقائق. دار الكتب العلمية . ط١. ٢٠٠٠م. ٥١٥/٥. الكاساني. **بدائع الصنائع**.مرجع سابق. ٥/٨.

(٢) الزحيلي. هبة.. **الفقه الإسلامي وأدلته**. مرجع سابق. ٨٣٩/٤.

(٣) الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**.مرجع سابق.٣١١/٤ . الكاساني. **بدائع الصنائع**.مرجع سابق. ٥/٨.الحطاب. **مواهب الجليل** . مرجع سابق . ٢٣٨/٧. ابن عرفة.**حاشية الدسوقي**. مرجع سابق .٥١٨/٣.

(٤) أنظر في ذلك: **الأنصاري**. زكريا بن محمد بن زكريا . **شرح البهجة**. المطبعة اليمنية. ٢٨٣/٣. قيلوبي وعميرة.أحم سلامة القيلوبي.وأحمد البرلس . **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق. ٨٢/٣. زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. مرجع سابق ٣٢٩/٥.الشيرازي . ابن حجر الهيتمي. أحمد بن محمد بن علي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي.٢٨٢/٥. الدردير. **الشرح الكبير** ٤٦٣/٣. المواق. محمد بن يوسف العبدري. **التاج والإكليل لمختصر خليل**. دار الكتب العلمية.٤٤/٧. البهوتي. **كشاف القناع**٥٩٤/٣. ابن قدامة. **المغني والشرح الكبير**. مرجع سابق ١٤٤/٥-١٤٥. الشربيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق. ٤١٨/٢. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق. ١٩٧/٤. الشيرازي. **المجموع شرح المهذب** . مرجع سابق ٣/١٢.العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق ٥/ ٤٧٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**المطلب الأول: إذا اشترط المتعاقدان أن يكون الربح للعامل:**

فللفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء:

**الرأي الأول:** ذهب الحنفية[1] والمالكية[2] ورأي للحنابلة[3]،إلى أنه لو اشترط المتعاقدان أن الربح كله للمضارب – العامل– كان المال قرضاً، فيتحول عقد المضاربة إلى عقد قرض[4].

فقد ذكر الإمام الموصلي[5] في كتاب الاختيار ما نصه: " فإذا شرط الربح للمضارب فهو قرض، لأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال، فلما شرط له جميع الربح، فقد ملكه رأس المال".[6]

وجاء في حاشية الدسوقي ما نصه: " وضمنه العامل في اشتراط الربح كله للعامل بأن قال له رب المال: اعمل ولك ربحه، لأنه حينئذ كالقرض، انتقل من الأمانة إلى الذمة."[7]

وقد ذكر البهوتي في كتابه، : " وإن قال: خذه فاتجر به، والربح كله لك، فالمال المدفوع قرض لا قراض، لأن اللفظ يصلح له، وقد قرن به حكمه، فانصرف إليه، كالتمليك، والربح كله للعامل، لا حق لرب المال فيه، وإنما يرجع بمثل ما دفعه،

---

[1] السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق. ٢٤/٢٢. أبن نجيم **الأشباه والنظائر**. مرجع سابق. . ص١٦٨.**الكاساني. البدائع** مرجع سابق . .٢٦/٨. السيواسي. **تكملة فتح القدير**. مرجع سابق. ٢٠/٥. الزيلعي. **تبين الحقائق** مرجع سابق.:٥١٥/٥.

[2] الحطاب. **مواهب الجليل** مرجع سابق..٤٥٢/٧. المواق. **التاج والإكليل**. مرجع سابق. ٤٥٢/٧. ابن رشد. **بداية المجتهد**. مرجع سابق. ٢٣٤/٢. الخرشي.**حاشية الخرشي**. مرجع سابق. ٢٠٩/٦.الدردير،**الشرح الصغير** ٦٩٣/٣.

[3] البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٥٠٩/٣ . **المغني على الشرح الكبير**. مرجع سابق. ١٤٤/٥. ابن مفلح. **الفروع**. مرجع سابق. ٣٨٥/٤. البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. مرجع سابق. ٢١٦/٢

[4] **عقد القرض**: هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر. ليرد مثله. أنظر ابن عابدين.**رد المحتار على الدر المختار** ١٧٦/٤.

[5] **الموصلي**: هو عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجدالدين. " أبو الفضل الموصلي (٥٩٩ – ٦٨٣ هـ = ١٢٠٣ – ١٢٨٤ م) تلقى مبادئ العلوم على أبيه الشيخ محمود. ثم رحل إلى دمشق الشام. فتلقى العلوم من جمال الدين الحصيري. وكان منفردا في عصره في الفروع والأصول. وتولى القضاء بالكوفة. وله:" المختار" ألفه في عنفوان شبابه. ثم صنف شرحا له وسماه ب" الاختيار". أنظر كتاب الاختيار في تعليل المختار. للموصلي. في ترجمة المؤلف. ٧/١. الاعلام: ١٣٥/٤

[6] الموصلي. عبد الله بن محمود مودود. **الاختيار لتعليل المختار**. دار المعرفة. بيروت. ط٣. ٢٠٠٤/ ٢٣/٣.

[7] ابن عرفة **حاشية الدسوقي**: مرجع سابق ٥٢٣/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فإن زاد رب المال مع قوله: والربح كله لك، ولا ضمان عليك، فهو قرض شرط فيه نفي الضمان، فلا ينتفي لأنه شرط فاسد لمنافاته مقتضى العقد."[1]

فقد استدلوا بأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال.[2] ولأنه قد أتى بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها.[3]

**الرأي الثاني:** وهو قول للشافعية[4] في الأصح ورأي للحنابلة[5]، إلى أنه إذا اشترط رب المال في المضاربة أن الربح كله للعامل فهو قراض فاسد، أي مضاربة فاسدة.

فقد جاء لأبن حجر الهيتمي[6]، ما نصه: " لو قال: قارضتك على أن كل الربح لك، فقراض فاسد"[7]

---

(1) البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٥٩٦/٣.

(2) الموصلي. **الاختيار**. مرجع سابق. ٢٣/٣. السرخسي. **المبسوط** مرجع سابق. ٢٤/٢٢. الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق . ٢٦/٨.الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق. ٣١٧/٤

(3) حمدان . عبد المطلب عبد الرازق. **المضاربة كما تجريها المصارف الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة**. دار الفكر الجامعي. ٢٠٠٥م.ص٤٤.

(4) حجازين. عبد الله بن حجازين بن إبراهيم. **حاشية الشرقاوي**. دار الكتب العلمية. ط١. ١٩٩٧م.٢٢٢/٣ الشربيني. **مغني المحتاج**. ٤٢٢/٢. ابن حجر الهيتمي. **نهاية المحتاج في شرح المنهاج**. ٢٨٣/٥. الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**.١٩/٢. الرملي. محمد بن شهاب الدين. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**.دار الفكر. ٢٢٥/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق.٨١/٣ الشافعي. **الأم**. ص٦٣٣. الخطيب الشربيني. **الإقناع** . مرجع سابق. ١٣٢/٢

(5) ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق. ١٤٤/٥.البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٥٩٦/٣. **شرح منتهى الإرادات. للبهوتي** . مرجع سابق . ٣٢٨/٢. المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق. ٤٢٨/٥

(6) **ابن حجر الهيتمي:** (٩٠٩ - ٩٧٤ هـ = ١٥٠٤ - ١٥٦٧ م)أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الانصاري، شهاب الدين شيخ الاسلام، أبو العباس: فقيه باحث مصري، مولده في محلة أبي الهيتم (من إقليم الغربية بمصر) وإليها نسبته.والسعدي نسبة إلى بني سعد من عرب الشرقية (بمصر) تلقى العلم في الأزهر، والهيتمي نسبة إلى محلة أبي الهيتم من مديرية الغربية بمصر. وقيل: الهيثمي. المثلثة. درس بالأزهر. وبرع في كل العلوم وخاصة الفقه الشافعي. ثم انتقل إلى مكة ومات بمكة. له تصانيف كثيرة، منها (مبلغ الارب في فضائل العرب) و (الجوهر المنظم) رحلة إلى المدينة، و (الصواعق المحرقة على أهل البدع والضلال والزندقة) و (تحفة المحتاج لشرح المنهاج) في فقه الشافعية، و(الخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النعمان ) و (الفتاوي الهيتمية أربع مجلدات، و (شرح مشكاة المصابيح للتبريزي) و (الايعاب في شرح العباب) و (الامداد في شرح الارشاد للمقري) و (شرح الاربعين النووية) و (نصيحة الملوك) و (تحرير المقال في آداب وأحكام يحتاج إليها مؤدبو الاطفال) و (أشرف الوسائل إلى فهم الشمائل) و (خلاصة الائمة الاربعة) في دمشق ١٤ ورقة و (المنح المكية -) في شرح همزية البوصيري، و (المنهج القويم في مسائل التعليم) شرح لمقدمة الفقيه عبد الله بن عبد الرحمن بن فضل الحضرمي. و (الدرر الزاهرة في كشف بيان الآخرة) و (كف الرعاع عن استماع آلات السماع) و (الزواجر عن اقتراف الكبائر) و (تحذير الثقات من أكل الكفتة والقات).أنظر: **الأعلام**: ٢٣٤/١.

(7) ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**. مرجع سابق. ٢٨٢/٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فكان استدلالهم بأن المضاربة عقد شركة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح، فقد أشترط ما ينافي مقتضى العقد ففسد.

وللشافعية تفريق بين حالين:

**إحداهما:** أن يقول له : قارضتك على أن كل الربح لك، فهذا قراض فاسد، نظراً للفظ وله أجر المثل.

**وثانيهما:** أن يقول له: خذه وتصرف فيه، الربح كله لك، فهذا قرض صحيح، لأن اللفظ صريح في عقد آخر، وهو القرض، بخلاف قوله قارضتك.[١]

**الرأي الثالث:** وهو للإمام مالك[٢] وقول للشافعية[٣]، إلى أنه إذا شرط الربح كله للعامل كان قراضاً صحيحاً ، أي مضاربة صحيحة.

وفي القوانين الفقهية جاء ما نصه: " ويجوز أن يشترط العامل الربح كله"[٤]

وفي مغني المحتاج جاء: " وإن قال: قارضتك على أن كل الربح لك، فقراض فاسد في الأصح، نظراً للفظ، وقيل قراض صحيح نظراً للمعنى."[٥]

فمن خلال ما سبق يتبين رجحان الرأي الذي يقول بتحول عقد المضاربة –الرأي الأول– إلى عقد قرض، إذا شرط الربح كله للعامل، وذلك لكون العقد قد خرج عن المضاربة الصحيحة، فيكون عقد المضاربة قد فقد شرطاً أساسياً من شروطه وهو الإشتراك في الربح، فإذا انتفى هذا الشرط، فسد العقد، ولكن إهمال الكلام أو تصحيحه أولى من إهماله، ففي هذا العقد، صحيح

---

(١) الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج**: مرجع سابق. ٤٢٢/٢. النووي. **روضة الطالبين**.مرجع سابق.٢٠٣/٤. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة** . مرجع سابق. ٨١/٣. حجازين. **حاشية الشرقاوي**. مرجع سابق. ٢٢٢/٣.

(٢) المواق، **التاج والإكليل بهامش مختصر خليل**. مرجع سابق.٤٥٢/٧. ابن جزي. **القوانين الفقهية**. مرجع سابق . ص١٨٦. الخرشي . **حاشية الخرشي**. مرجع سابق. ٢٠٩/٦.الدردير، **الشرح الصغير**. مرجع سابق. ٦٦٢/٣ .مالك بن أنس. **المدونة الكبرى**. مرجع سابق.٦٣٢/٣. ابن عرفة . **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق.٥٢٣/٣

(٣) الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج**.مرجع سابق.٤٢٢/٢.الشافعي. الأم. مرجع سابق. ص٦٣٣. الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق . ١٩/١٢.

(٤) ابن جزي. **القوانين الفقهية**. مرجع سابق. ص١٨٦.

(٥) الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق. ٤٢٢/٢. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق.٢٠٣/٤. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة** . مرجع سابق. ٨١/٣..



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أنه فقد شرط المضاربة لكنه أستوفى شروط عقد آخر، وهو القرض، فالقول:أنه ما دام قد استوفى شروط القرض، ونية المتعاقدين تتجه نحوه، فالأولى إنفاذ كلامهماوتصحيحه،واعتباره قرضاً بدلاً من إبطاله وضياع مصالح الناس.

## المطلب الثاني: أن يتفق المتعاقدان أن يكون كل الربح لرب المال:

فإن قال رب المال لصاحبه: خذ هذا المال واتجر فيه، والربح كله لي، ففي هذه الحالة لم يكن العقد عقد مضاربة، لأنه فقد شرطاً من شروطه، وهو اشتراك المتعاقدين في الربح، فهل يمكن أن نعتبره عقدا آخر استوفى شروطه؟ أم نقول بالفساد؟ هذا ما سنبحثه ونبينه عند جمهور الفقهاء.إن شاء الله.

فقد كان للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء:

الرأي الأول: وهو للحنفية[١] وقول للشافعية[٢]، ورأي للحنابلة،[٣]فقد ذهبوا إلى أنه إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو إبضاع[٤].

فقد ذكر الكاساني، " إذا شرط جميع الربح لرب المال، فهو إبضاع عندنا لوجود معنى الإبضاع.[٥]"

وجاء في المهذب ما نصه: " وإن قال قارضتك على أن الربح كله لي، أو كله لك بطل القراض، لأن موضوعه على الاشتراك، فإذا شرط الربح لأحدهما، فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل، وإن قال : تصرف فيه والربح كله لي، فهو بضاعة، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة، وقد قرن به حكم البضاعة، فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التمليك"[٦]

---

[١] الكاساني. **البدائع**. مرجع سابق٢٦/٨. أبن نجيم **الأشباه والنظائر**. ص٢٠٨الموصلي. عبد الله بن محمود بن مودود. **الاختبار لتعليل المختار** ضبط. خالد عبد الرحمن العكك.ط٣. ٢٠٠٤م. دار المعرفة. مرجع سابق.٢٣/٣.الزيلعي. **تبيين الحقائق** مرجع سابق٥/٥١٥.

[٢] الرملي، **نهاية المحتاج**. مرجع سابق ٢٢٥/٥. الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج** مرجع سابق٤٢٢/٢. الشيرازي. المجموع شرح **المهذب** مرجع سابق ١٩/١٢. العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق.٤٧٧/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. ٨١/٣.

[٣] الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق. ٥١٥/٣. **القواعد لأبن رجب الحنبلي**. دار الكتب العلمية. بيروت. ص٤٨.

[٤] **المقصود بالإبضاع**: وهو إعطاء شخص لآخر مالا على أن يكون جميع الربح عائدا له. ويسمى رأس المال: بضاعة. والمعطي : مبضع . والآخذ : المستبضع. أنظر. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية** ١٣/٣. **مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى**. ٥٠٠/٣.

[٥] الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق.: ٨٦/٦.

[٦] الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق ١٩/١٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرأي الثاني: وهو للمالكية[1]، وذهبوا إلى أنه إذا شرط جميع الربح لرب المال، تحول إلى هبة، لأن القراض توكيل على تجر بنقد مضروب مسلم بجزء من ربحه، فإذا أعطاه كل الربح كان هبة[2].

وقد ورد في حاشية الدسوقي ما نصه: " وحين إذ جعل الربح لأحدهما أو لغيرهما خرج عن كونه قراضاً إلى كونه هبة، وإطلاق القراض عليه في هاتين الحالتين مجاز، لما علمت أن حقيقة القراض توكيل على تجر بنقد مضروب مسلم بجزء من ربحه، وإذا علمت أنه في هاتين الحالتين يكون هبة فيجري على حكمها"[3].

الرأي الثالث: وهو للشافعية[4] والحنابلة[5] فقد ذهبوا إلى أنه إذا قال رب المال: خذ هذه مضاربة والربح كله لي، فهو عقد عقد فاسد، وإن قال رب المال، خذه وتصرف فيه والربح كله لي، فإبضاع.

وجاء في المهذب ما نصه: " وإن قال قارضتك على أن الربح كله لي، أو كله لك بطل القراض، لأن موضوعه على الاشتراك، فإذا شرط الربح لأحدهما، فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل، وإن قال : تصرف فيه والربح كله لي، فهو بضاعة، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة، وقد قرن به حكم البضاعة، فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التمليك"[6]

وفي المغني لأبن قدامة: " وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك، أو كله لي، فهو عقد فاسد" ثم قال: "ويفارق ما إذا لم يكن مضاربة، لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقراض"[7].

---

[1] أبن عرفة. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ٥٢٣/٣، المواق **التاج والإكليل لمختصر خليل**.٤٥٢/٧. مالك بن أنس. **المدونة الكبرى** . مرجع سابق.٦٢٩/٣. ابن رشد **بداية المجتهد** ٢٣٤/٢.

[2] ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق. ٥٢٣/٣.

[3] ابن عرفة.**حاشية الدسوقي** . مرجع سابق ٥٢٣/٣.

[4] الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق.١٩/١٢. الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج** . مرجع سابق.٤٢٢/٢. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرج سابق.٨١/٣.

[5] ابن رجب الحنبلي. عبد الرحمن بن أحمد. **القواعد** .دار الكتب العلمية. ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**.مرجع سابق ١٤٤/٥. البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق. ٥٩٦/٣. المرداوي. **الإنصاف** مرجع سابق. ٤٢٨/٥. **شرح منتهى الإرادات للبهوتي**: مرجع سابق. ٢١٦/٢.

[6] **الشيرازي. المجموع شرح المهذب**.مرجع سابق. ١٩/١٢.

[7] ابن قدامة. **المغني** على الشرح الكبير. مرجع سابق. ١٤٤/٥. وجاء أيضا في الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق٥١٦/٣. البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. مرجع سابق.٢١٦/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**الترجيح:**

بعدما عرضنا مذاهب الفقهاء في اشتراط الربح كله لرب المال وذكرنا أدلتهم، يتبين لنا رجحان أدلة أصحاب الرأي الأول، وهو القائل بأنه إذا اشترط المتعاقدان جميع الربح لرب المال، فهو إبضاع – أي يتحول عقد المضاربة على عقد إبضاع- وذلك لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، ولأن تصحيح العقد أولى من إهماله ما دام قد استوفى شروط عقد الإبضاع، والله تعالى أعلم.

## المطلب الثالث: تحول عقد المضاربة إلى إجارة[١].

إذا فسد عقد المضاربة، بفقد شرط من شروط صحته، نحو عدم بيان مقدار الربح، فإذا لم يبين مقدار الربح لكل من المتعاقدين، – المضارب ورب المال- فسدت المضاربة، لأن الربح في المضاربة مقصود أصلي، وجهالته توجب فساد العقد، فإن كان الربح مجهولاً بأن قال له: لك ثلث الربح أو ربعه- على التردد- فسدت المضاربة لجهالة الربح[٢].

فإذا فسد عقد المضاربة، ماذا يكون حكم هذا العقد؟

للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من حنفية[٣] وقول للمالكية[٤] وهو رأي للشافعية[٥] والحنابلة[٦] إلى أن عقد المضاربة المضاربة عند فساده يتحول إلى إجارة، فيعطى العامل أجرة المثل، لأن العامل إنما عمل ليأخذ الأجر المسمى، فإذا لم يحصل له المسمى، وجب رد عمله عليه، وذلك متعذر فتجب قيمته، وهو أجر مثله.

---

(١) **مفهوم عقد الإجارة:** الإجارة في اللغة: مأخوذة من أجر وأجير. وهو ما أعطيت من أجر في عمل. والأجرة الجزاء على العمل. فيقال: استأجرته . وأجرته. فأجرني. صار أجيري. والاسم منه الإجارة. والأجرة: الكراء. أجرته الدار أكريتها. والأجرة والإجارة: ما أعطيت من أجر . أنظر **لسان العرب** . ٨٤/١. ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. ٤٦. الفيومي. **المصباح المنير**. ١٠/١ الجوهري. **الصحاح** ٤٨٠/١.مجمع اللغة. **العجم الوسيط**.٦/١.الرازي . **مختار الصحاح** ص٦

وفي الاصطلاح: فقد ورد معنى الإجارة في الاصطلاح الفقهي على مذاهب شتى. وذلك بين موسع في قيوده. وآخر مضيق فيه. إلا أنه كان هناك قدر متفق عليه وهو: " عقد يرد على منفعة بعوض" وما عدا ذلك كان على التفاوت في اعتباره . أنظر الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**.٤٥٩/٤. الدردير. **الشرح الصغير بهامش بلغة السالك**. ٤٦٦/٣. الرملي. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. ٢٦١/٥. البهوتي. **كشاف القناع من متن الإقناع**. ٥٤٦/٣.

(٢) الكاساني. **البدائع**.مرجع سابق ٤٥/٨. السيواسي. **تكملة فتح القدير**. مرجع سابق ٢٠/٥.السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق٢٢/٢٢

(٣) السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ١٩/٢٢.الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق.٤٥/٨. السيواسي. **تكملة فتح القدير**. مرجع سابق ٢٠/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية** ٣٦٦/٤.

(٤) الحطاب. **مواهب الجليل** مرجع سابق..٤٤٧/٧. المواق. **التاج والإكليل** مرجع سابق. ٤٤٨/٧.ابن الجزي. **القوانين الفقهية** مرجع سابق . ص١٨٦. ابن رشد.**بداية المجتهد** مرجع سابق. ٣٣٥/٢. الكرابيسي . أسعد بن محمد. **الفروق** عالم الكتب.٢٧٣/٢

(٥) الرملي. **نهاية المحتاج** مرجع سابق. ٣٢٢/٢. العجيلي. **حاشية الجمل** مرجع سابق..٤٧٧/٥. الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق.٤٢٦/٢. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق.٨٤/٣.

(٦) البهوتي. منصور بن يوسف. **شرح منتهى الإرادات**.علم الكتب مرجع سابق..٢١٥/٢. ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**.مرجع سابق . ١٨٨/٥.البهوتي **كشاف القناع** مرجع سابق. ٥٩٩/٣.الرحيباني **مطالب أولي النهى** مرجع سابق. ٥١٨/٣.المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق ٤٢٩/٥. أبن مفلح. **الفروع**. مرجع سابق. ٣٩١/٤



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد ذكر الكاساني: "فإذا فسدت –المضاربة–بوجه من الوجوه صار بمترلة الأجير لرب المال، وإذا فسد العقد كانت إجارة فاسدة حتى يكون للمضارب أجر مثله[1]"

وفي التاج والإكليل ما نصه: " وفيما فسد غيره أجرة مثله في الذمة ، ينبغي أن يرد القراض الفاسد إلى أجرة المثل وإلى قرض المثل جملة من غير تفصيل، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم، استحسان وليس بقياس، قال : والفصل بين إجارة المثل أو قراض المثل، يتعلق بربح إن كان في المال ربح، فينظر كم ينبغ ي أن يكون حظ هذا العامل منه إذا نزع هذا الشرط دفع إليه من الربح، فإن لم يكن في المال ربح أو كان وضيعة فلا شيء له."[2]

وفي نهاية المحتاج ما نصه: " وله – أي العامل- أجرة المثل لعمله بالغة ما بلغت لتعذر رجوع عمله إليه، فوجبت له قيمته وهي الأجرة."[3]

وفي كشاف القناع ورد: " وإن فسدت المضاربة فإجارة، لأن العامل يأخذ أجرة مثله"[4]

الرأي الثاني: وهو قول للمالكية[5]، ورأي شيخ الإسلام ابن تيمية[6][7]، وابن القيم[8][9]، ويرون أنه يجب في المضاربة المضاربة الفاسدة إعطاء العامل ما جرت العادة أن يعطاه مثله، فلا يتحول العقد إلى إجا رة بل هو أصل مستقل، وهو نوع من

---

[1] الكاساني: **بدائع الصنائع** مرجع سابق. ٤٤٧/٧..

[2] المواق. **التاج والإكليل** مرجع سابق. ٤٤٧/٧..

[3] العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق.٤٤٧/٥. الرملي. **نهاية المحتاج** مرجع سابق٣٢٢/٢.

[4] البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق ٥٩٩/٣

[5] ابن جزي. **القوانين الفقهية**. مرجع سابق. ص ١٨٦.المواق. **التاج والإكليل** مرجع سابق.٤٤٨/٧.ابن رشد. **بداية المجتهد** مرجع سابق ٢٣٤/٢.

[6] ابن تيمية. **الفتاوى** مرجع سابق٨٧/٣٠.

[7] **ابن تيمية:** هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله الدمشقي الحنبلي. شيخ الإسلام. ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق. وطلب إلى مصر من أجل فتوى أفتى بها . فقصدها. وانتقل إلى الإسكندرية. ثم أعيد إلى دمشق واعتقل بها . ومات معتقلا بقلعة دمشق. كان كثير البحث في فنون الحكمة. أفتى ودرس وهو دون العشرين. أهم كتبه. الفتاوى. السياسة الشرعية. الإيمان. وغيرها الكثير عاش ما بين(٦٦١-٧٢٨هــ). أنظر الزركلي . **الأعلام**. ١٤٤/١.

[8] **ابن القيم:** شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أ[ي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي. الدمشقي. الحنبلي. المعروف بابن القيم الجوزي. ولد بدمشق وتفقه بشيخ الإسلام ابن تيمية. ولد سنة ٦٩١هــ وتوفي سنة ٧٥١هــ. أنظر **شذرات الذهب**. ١٦٨/٦.

[9] ابن القيم. **إعلام الموقعين**. مرجع سابق٢/٦-٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الشركات، " لأن المال قد لا يكون له ربح، وقد تكون أجرته أضعاف ربحه وبالعكس، وليس المقصود من هذه المشاركات العمل حتى يستحق أجرة ولا هي عقد إجارة. وإنما هي أصل مستقل، وهي نوع من الشركات لا من المؤاجرات "[١]

فقد ورد في كتاب إعلام الموقعين ما نصه:" الصواب أنه يجب في المضاربة الفاسدة بربح المثل، فيعطى العامل ما جرت العادة أن يعطاه مثله"[٢]

## المطلب الرابع: موقف القانون المدني الأردني من تحول عقد المضاربة:

لقد ذهب المشرع الأردني إلى أنه يوزع الربح الناتج من المضاربة حسب الشرط المتفق عليه، أو بالنسبة المتفق عليها في العقد، فيعطى لرب المال ربحه على حسب شرطه في المضاربة، وما يبقى من الربح بعدئذ يعطى للعامل المضارب، ويجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح، فإن لم تعين النسبة المتفق عليها، قسم الربح بينهما وفقاًلما يجري به العرف، وإن لم يوجد قسم بينهم مناصفة[٣].

وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني في مادته (٦٢٧) في الفقرة (أ) " يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح، وذلك بالنسبة المتفق عليها في العقد، فإن لم تعين قسم الربح بينهما مناصفة."[٤]

وأضافت هذه المادة في فقرتها الثانية، أنه إذا جاز للمضارب خلط ما له من رأس مال المضاربة، بأن جرى العرف بذلك، أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه كما في المادة (٦٢٧) الفقرة (ب) " إذا جاز للمضارب خلط ماله برأس مال المضاربة، قسم الربح بنسبة رأس المال، فيأخذ المضارب ربح رأس ماله ويوزع ربح مال المضاربة بين المتعاقدين على الوجه المبين في الفقرة الأولى."[٥] ويبطل أي شرط يخالف ذلك[٦].

---

(١) ابن تيمية. **الفتاوى**. مرجع سابق ٨٧/٣٠.

(٢) ابن القيم. **إعلام الموقعين**. مرجع سابق ٢/٦-٧.

(٣) الزحيلي. **العقود المسماة**. مرجع سابق. ص١٩٣.

(٤) إعداد المكتب الفني **المذكرات الإيضاحية**. للقانون المدني الأردني. . عمان. ط٢. ١٩٨٥م. مطبعة التوفيق. ٥٤٧/٢.

(٥) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق ص١٦٢

إعداد المكتب الفني **المذكرات الإيضاحية**.مرجع سابق ٥٤٧/٢.

(٦) حيدر. علي. **مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق ٤٥٩/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالقانون المدني الأردني لم يتطرق إلى تحول عقد المضاربة إلى عقد آخر في مسألة تحديد الربح، إلا أنه ذكر في حالة عدم تعين الربح، يقسم الربح بين المتعاقدين حسب ما جرى به العرف، وإن لم يوجد قسم بين المتعاقدين مناصفة، وأي شرط على خلاف ذلك يبطل.

والذي أرجحه : هو الرأي الذي يقول أنه يجب في المضاربة الفاسدة إعطاء العامل ما جرت به العادة، وعدم تحوله إلى عقد إجارة، وذلك لأن العامل قد يعمل عشر سنين أو أكثر، فلو أعطى أجرة المثل، أعطي أضعاف رأس المال، وهو في الصحيح لا يستحق إلا جزءاً من الربح إن كان هناك ربح، فكيف يستحق في الفاسد أضعاف ما يستحقه في الصحيح.

ولأن في هذا الرأي مراعاة لرب المال بإعطائه ما يستحق مثله، ودفع للضرر من رب المال خاصة إذا طالت المدة و لم يكن هناك ربح مجز[1].

## المبحث السادس: آثار عقد المضاربة:

عقد المضاربة، نوع من أنواع الشركة، لأن المضارب بمجرد الربح يصبح شريكاً لرب المال، وكذلك فإن العامل وكيل بعد تصرفه في رأس مال المضاربة[2].

وفيما يلي تفصيل ذلك:

### أولاً : المضاربة بعد حدوث الربح شركة.[3]

إذا ربح العامل المضارب في المال تحول إلى شريك، فيكون العقد عقد شركة، لاشتراكهما في الربح، وذلك لأن عقد المضاربة يبرم بين طرفين يتعهد أحدهما بدفع المال للتجارة، ويتعهد الآخر بالعمل فيه، وهذا الاتفاق يقصد به المصلحة للطرفين،

---

[1] شرف الدين. عبد المنعم. **عقد المضاربة بين الشريعة والقانون**. ط١. الدار الدولية. القاهرة. ٢٠٠٤م ص٧٨ وما بعدها.الحفظي. عبد القادر بن سليمان. **التحول أثره في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق. ص٢٨٧ وما بعدها.

[2] شرف الدين. عبد المنعم. **عقد المضاربة بين الشريعة والقانون**. مرجع سابق. ص١٠١.

[3] **مفهوم عقد الشركة**: هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل . لاستثمار ذلك المشروع. واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة . كما عرفتها **مجلة الأحكام العدلية** في مادتها (١٣٢٩) بقولها: شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين أو أثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهم. أنظر: **شرح مجلة الأحكام العدلية**. ٣٤٠/٣. وهبة الزحيلي. **العقود المسماة** . مرجع سابق ص١٦٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهي الربح الناتج عن المال والعمل، فإذا حصل الربح صارا شريكين فيه بقدر النسبة التي اتفقا عليها مسبقاً، فكل واحد منهما شريك بقدر حصته من الربح، لأن العامل قد ملك جزءاً من المال المشروط بعمله، والباقي لرب المال، لأنه نماء ملكه[1].

### ثانيا: المضاربة وكالة[2] عند التصرف في المال:

تعتبر المضاربة وكالة إذا تصرف العامل في مال المضاربة[3]، لأنه تصرف في مال غيره بأمره، فيتحول عقد المضاربة إلى وكالة بالنسبة لتصرفات المضارب، لأنه متصرف لغيره بإذنه، والمال تحت يده على وجه لا يختص بنفعه. وإذا كان المضارب وكيلاً عن رب المال في المضاربة الصحيحة من جهة نفاذ تصرفاته في المال الذي بحوزته[4].

فقد ذكر السرخسي: " إذا تصرف فيه –رأس مال المضاربة– فهو وكيل في ذلك، يرجع بما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل"[5].

وفي حاشية الدسوقي: " القراض: توكيل من رب المال لغيره على تجر في نقد، فهو توكيل خاص، وهذا يقتضي أنه لا بد في القراض من لفظ".[6]

وفي النهاية يمكن إيجاز أحكام عقد المضاربة كما فصله السرخسي بقوله: ولهذا العقد أحكام شتى من عقود مختلفة، فإنه إذا أسلم رأس المال للمضارب فهو أمين فيه كالمودع، وإذا تصرف فيه فهو وكيل، وفي ذلك يرجع بما يلحقه من العهدة، على رب المال كالوكيل، فإذا حصل الربح كان شريكه في الربح، فإذا فسد العقد كانت إجارة فاسدة حتى يكون للمضارب أجر مثل عمله، وإذا خالف المضارب كان غاصباً ضامناً للمال[7].

---

[1] السرخسي. **المبسوط**.مرجع سابق ١٩/٢٢. الكاساني. **بدائع الصنائع**.مرجع سابق٥٣/٨..مالك بن أنس **المدونة**.٦٣٠/٣.الشيرازي. **المجموع شرح المهذب** مرجع سابق .٢٥/١٢.ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير** مرجع سابق .١٤٤/٥. المرداوي. **الإنصاف**.مرجع سابق ٤٢٩/٥ البهوتي.**كشاف القناع** مرجع سابق:٦٠٢/٣ وقد ورد فيه:" فإن ربح العامل في العمل فشركة لاشتراكهما في الربح."

[2] **مفهوم الوكالة**:هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم إلى الثاني. مطلقا كان أو مقيدا.ابن نجيم. **البحر الرائق**. دار الكتب العلمية . ط٧. ١٣٨/٧.

[3] الحفظي. **التحول وأثره في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق ص٢٩٤.

[4] المرداوي **الإنصاف**. مرجع سابق ٤٢٧/٥. الحطاب. **مواهب الجليل** مرجع سابق. ٤٤٦/٧

[5] السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ١٩/٢٢

[6] ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق ٥١٧/٣.

[7] السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ١٩/٢٢.البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق ٦٠٢/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## **الفصل الرابع: تحول الأحكام في عقد الهبة:**

ويشمل:

المبحث الأول :مفهوم الهبة:

المطلب الأول: الهبة لغةَ :

المطلب الثاني: الهبة اصطلاحاً:

المطلب الثالث: الهبة في القانون المدني الأردني :

المبحث الثاني: أركان الهبة:

المبحث الثالث: الهبة بعوض:

المبحث الرابع: التحول في عقد الهبة:

المطلب الأول: تحول عقد الهبة إلى عقد بيع:

المطلب الثاني: تحول الهبة إلى عارية:



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الأول :مفهوم الهبة:

### المطلب الأول: الهبة لغة :

مصدر وهب الشيء يهبه هبة، وقد تطلق على الموهوب كما قي الخبر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً أَوْ يَهَبُ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلاَّ الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ** "[١] والهبة العطية الخالية من الأعواض، الأغراض،و يقال لفاعلها واهب، وكل ما وهب لك من ولد وغيره، فهو موهوب، والوهوب: الرجل الكثير الهبات.[٢]

ووهبت الشيء أهبه هبة، وموهباً، وأتهبت الهبة : قبلتها والموهوبة: قلت يستنفع فيه الماء، والجمع مواهبة، ويقال: أوهبه أبي من الماء كذا، أي ارتفع وأصبح فلان موهباً لكذا، أي معداً له[٣].

و الهبة مأخوذة من هبوب الريح أي مرورها ، ويراد بها التبرع والتفضيل على الغير سواء أكان بمال أم بغيره [٤]ووهبت لزيد مالاً، أهبه هبة، أعطيته بلا عوض[٥].

قال تعالى :"□♦♑□◻□♦⇔ 🖫♉⓿ 🖎♋⌶ 🖋⅄◆⊖→☼①🙞 □◆🖄♋⑩♦⊖ ➩♉🙰 ③♦❷⛝🏳➔♉♉♉ □◆③♦❷⛝♈← 🖎♋⌶⇳ ⬀◆✁✌☞ ③♦➔⬃☽➔□✇⌘ ☎ "[٦]و قوله :"□◆□◆♎♎⌨⊲☪◆⊖ 🖎♋⑨⊠⊁♋⌶⊙⑩⊠⊙▫⊠☺⊠⏲⌶⌘ "[٧] وقوله:" □◆♎⊠□⇔ 🖫♉⓿ 🖎⇖■▫⊟☪🕭 ⋅⋅ ③♦♈🖎⌨♦⇗⇗♉ ❀☹■♦⑨⌨ 🖎⋊♋⌶🖎 🖅♦➔⬃⑨♋❽✓ ☎ ⓿♉⊙☼□⌨⊠ 🕮□☼⁎⚈ ❁ ✁🙰⊖⊘□♦♎□⊖⊛➲ "[٨]

و الإيهان قبول الهبة ، و الاستيهاب : سؤال الهبة ، و رجل وهاب ووهابة كثير الهبة ، و الهاء للمبالغة[٩]

---

[١] محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري. ت٤٠٥هـ ،**المستدرك على الصحيحين**. دار الكتب العلمية. بيروت. ١٩٩٠م. ط١. تحقيق مصطفى عبد القادر عطا. واللفظ له. وقال هذا حديث صحيح الإسناد، وإني لا أعلم خلافاً في عدالة عمر بن شعيب، وإنم ا اختلفوا في سماع أبيه من جده . حديث رقم: ٢٢٩٨. ٥٣/٢. **ورواه البيهقي**. ١١٧٩١

[٢] أبن منظور. **لسان العرب**. مرجع سابق ٤١٦/٩.

[٣] ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. مرجع سابق ص١٠٦٧.

[٤] الفيروزآبادي. **القاموس المحيط**. فصل الواو. باب الباء. مرجع سابق ١٩٠٤.

[٥] الفيومي. **المصباح المنير**. مرجع سابق ٨٤٢/٢، الجوهري. **الصحاح**. مرجع سابق ٢٣٢/١.

[٦] **سورة مريم** الآية ٥-٦

[٧] **سورة ص** آية ٣٠

[٨] **سورة ص** آية ٣٥.

[٩] الرازي. محمد بن أبي بكر. **مختار الصحاح**. منشورات أبو شنب. عمان. مادة وهب ص٧٣٧. مجمع اللغة العربية. **المعجم الوسيط**. مرجع سابق ١١٠١/٢ أنظر أيضا.الزبيدي. **تاج العروس**. مرجع سابق ٥٠٧/١-٥٠٨



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثاني: الهبة اصطلاحاً:

لقد عرف الفقهاء الهبة تعريفات متعددة ، ومن أهم هذه التعريفات:

١ - عرفها الحنفية[1]: بقولهم :"تمليك العين بلا شرط العوض في الحال ، ومعنى ذلك أن الشخص يملك عيناً ملكاً صحيحاً ، يصح له أن يملكها غيره من غير أن يتوقف ذلك التمليك على عوض يأخذه صاحب العين الموهوبة من الموهوب له ، وهذا لا ينافي أن للمالك أن يهب تلك العين بشرط أن يأخذ عوضاً ، و هي الهبة بشرط العوض ، لأن الغرض نفي كون العوض مشروطاً في صحة الهبة".[2]

عرفها المالكية [3] : بأنها تمليك لذات الشيء بلا عوض لوجه الموهوب له وحده . ومعنى ذلك : أن الشخص الذي يملك عيناً ملكاً صحيحاً له أن يملكها غيره بدون مقابل يأخذه مرضاة لذلك الشخص بقطع النظر عن الثواب الأخروي ، فالتمليك على هذا الوجه يسمى الهبة.

٢ - عرفها الشافعية[4] :بقولهم: عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً . ومعنى ذلك أن في التمليك خروج عنه ما ليس في تمليك كالعارية والضيافة و الوقف لأنها إباحة ، وخرج بالتطوع :التمليك القهري كالحاصل بالبيع[5].

٣ - و عرفها الحنابلة بقولهم :الهبة تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه [1].

---

[1] الزيلعي. **تبيين الحقائق.** ٤٨/٦القاضي زاده. **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار.** دار الكتب العلمية . بيروت . ط١. ١٩٩٥م. ١٩/٩ . العبادي. أبو بكر. محمد بن علي الحدادي. **الجوهرة النيرة.** المطبعة الخيرية. ٣٢٥/١. فرموزا. محمد. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**.دار إحياء الكتب العربية. ٢١٧/٢. أبن نجيم. **البحر الرائق.** دار الكتاب الإسلامي. ٢٨٥/٧. الشيخ النظام.**الفتاوى الهندية.** مرجع سابق ٣٧٤/٤.

[2] القاضي زاده **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار.** دار الكتب العلمية. بيروت. ط١. ١٩٩٥م. ١٩/٩.

[3] العبدري. محمد بن يوسف " المواق" **التاج والإكليل لمختصر خليل.** مرجع سابق ١٧٤/٨. الحطاب. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل.** مرجع سابق ٣/٨. محمد بن عبد الله الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي.** مرجع سابق ١٠٢/٧. ابن عرفة الدسوقي. **حاشية الدسوقي.** مرجع سابق ٤٩٠/٥.

[4] الشافعي. **الأم.** مرجع سابق ص٦٧٨. الشيرازي. **المجموع شرح المهذب.** مرجع سابق ٢٤٩/١٦. الخطيب الشربيني. **الإقناع** . مرجع سابق ١٦٩/٢. النووي. **روضة الطالبين.** مرجع سابق ٤٢٦/٤. العجيلي. **حاشية الجمل.** مرجع سابق ٦٠٨/٥. الشربيني.**مغني المحتاج** مرجع سابق . ٥٣٧/٢. زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب.** مرجع سابق ٥٦٥/٥.قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة.** مرجع سابق ١٦٨/٣. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج.** مرجع سابق ٢٩٦/٦.

[5] النووي. **روضة الطالبين.** مرجع سابق ٤٢٦/٤. العجيلي. **حاشية الجمل** مرجع سابق .٦٠٨/٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومن خلال هذا التعريف يتبين ما يلي:

أ. فالتمليك: خرج به العارية

ب. و جائز التصرف: وهو الحر المكلف الرشيد

ت. مالاً :خرج به الكلب ونحوه

ث. معلوماً :يصح بيعه منقولاً أو عقاراً

ج. أو مجهولاً تعذر علمه: كدقيق اختلط بدقيق لآخر فوهب أحدهما الآخر ملكه منه فيصح مع الجهالة للحاجة [٢].

## المطلب الثالث: الهبة في القانون المدني الأردني :

لقد عرف القانون المدني الأردني الهبة في الفقرة الأولى من المادة (٥٥٧) رقم(٤٣) لسنة ١٩٧٦ بأنها "تمليك مال أو حق مالي لأخر حال حياة المالك دون عوض "[٣].

و يجدر الإشارة إلى أن الهبة المقصودة في نص المادة المذكورة هي الهبة المباشرة التي تتحقق بنقل حق عيني إلى الموهوب له ،أو الالتزام له بحق شخصي بالإعطاء ، وهذا النوع من الهبة هو الذي تسري عليه أحكام الهبة . ويشترط فيه الشكلية و أهلية التبرع ، و تتحقق فيه ضمان الاستحقاق[٤] ، و ضمان العيوب الخفية و يجوز الرجوع فيه في أصول معينة[٥] .

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت الهبة في المادة ٨٣٣ بقولها " الهبة تمليك مال لأخر بلا عوض"[١].

---

[١] ابن قدامة. **المغني** على الشرح الكبير. مرجع سابق ٢٧٣/٦. محمد بن مفلح بن محمد المقدسي. **الفروع**. مرجع سابق ٦٣٨/٤. ابن رجب الحنبلي. **القواعد**. مرجع سابق ص٧٦.الرحيباني. مصطفى. **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**. مرجع سابق ٣٧٧/٤.

[٢] الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق ٣٧٧/٤.

[٣] أبو بكر. محمد. **موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية**. **القانون المدني الأردني**. رقم ٤٣. لسنة ١٩٧٦م. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. ١٩٩٩م. ص١٥٥.

[٤] **المقصود بضمان الاستحقاق:** عرفه أبن الجزي: الاستحقاق هو أن يكون شيء بيد شخص ثم يظهر أنه حق شخص آخر. مما تثبت به الحقوق شرعا من اعتراف أو شاهدين أو شاهد ويمين أو غير ذلك. فيقضى له بذلك. أنظر ابن جزي. محمد بن أحمد. **القوانين الفقهية**. دار القلم. بيروت. لبنان . ص٢١٩.

[٥] حمزوقة. إكرام يوسف عيسى. **أحكام الرجوع في الهبة في القانون المدني**. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. جامعة عمان العربية للدراسات العليا . عمان. ٢٠٠٧. ص١٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأحكام الهبة في القانون مأخوذة من الفقه الإسلامي لا سيما المذهب الحنفي.

وفي معجم مصطلحات الشريعة والقانون: أن الهبة هي عقد ينقل بمقتضاه شخص في ملكيته في مال معين إلى شخص آخر يقبله بإرادة حرة دون مقابل[٢].

وأما في معجم المصطلحات الفقهية والقانونية: أن الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه، يتبرع لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها دون مقابل[٣].

فالهبة في القانون: عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين [٤]. ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد هبة، فيصح أن يفرض الواهب على الموهوب له التزاماً لمصلحة الموهوب له نفسه، كأن يهب له مبلغاً من المال ويلزمه الإنفاق منه على تحصيل ال علم أو شراء عقار أو بناء مستشفى، أو مدرسة أو نحو ذلك[٥].

**فمن خلال ما سبق يتبين أن لعقد الهبة مقومات ، وهي كالآتي :**

١. **أنها عقد بين الأحياء :**

فلذا لابد فيها من إيجاب و قبول : إيجاب من الواهب قائم على إرادة منفردة منه ، وقبول من الموهوب له _متطابقين _و هذا ما يميز الهبة عن الوصية إذ تنعقد الوصية بإرادة منفردة ، وله أن يرجع فيها ما دام حياً ، في حين أنه لا يجوز الرجوع في الهبة إلا في أحوال معينة لا مجال لذكرها هنا.[٦]

٢. **الواهب يتصرف في ماله بنفسه.**

---

[١] حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق. ٢/٣٨٨-٣٨٩

[٢] كرم . عبد الواحد. **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**. مرجع سابق. ص٤٢٨.

[٣] جرجس. جرجس. **معجم المصطلحات الفقهية والقانونية**. مرجع سابق. ص٣١٦.

[٤] الفقي. محمد على عثمان. **فقه المعاملات**. دارسة مقارنه. دار المريخ. الرياض. ٢٠٠٢م. ص٣٩٢.

[٥] السنهوري. عبد الرازق. الوسيط . **العقود التي تقع على الملكية. الهبة والشركة والدخل الدائم. والقرض. والصلح. دار إحياء التراث العربي** . م٢. ج٥. فقرة ٤ ص١٣.

[٦] حمدي.كمال. **المواريث والهبة والوصية**. دار المطبوعات الجامعية.الإسكندرية. ١٩٨٧. ص١٤٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فهي تبرع محض، يلزم فيه الواهب بإعطاء شيء، وينقل ملكية دون مقابل، سواء كان عقاراً أو منقولاً، ويجوز أن يكون الشيء الموهوب حق انتفاع، أو حق استعمال، أو حق سكنى، أو حق ارتفاق[1].

**٣. الهبة التزام من الواهب يجب ألا يقابله عوض.**

ولا يمنع ذلك من الهبات المتبادلة، وهي التي يهب فيها شخص لآخر شيئاً ، ثم يهب الموهوب له شيئاً للواهب، فتكون الهبتان متبادلتين دون عوض، لأن كلاً من الهبتين ليس عوضاً عن الهبة الأخرى، بل كل واهب قد وهب بنية التبرع غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته، وهذا ينطبق على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة، كالزواج مثلاً، فالصديق يقدم هدية لصديقه في إحدى المناسبات قاصداً التبرع، ولا ينفى هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه سيقدم له هدية في مناسبة مقبلة[2].

**٤. نية التبرع:**

وهو العنصر المعنوي في الهبة، فمن يوفي بالتزام طبيعي لا يكون متبرعاً، وإنما يوفي ديناً على شخص. فيكون تصرفه هذا وفاءً لا هبةً، ولا يستطيع الرجوع عنه.وعلى هذا تنتفي نية التبرع في تجهيز الأب ابنه للزواج، أو إعطاء الخادم مبلغاً من المال مكافأة له على إخلاصه في العمل، والمكافأة السنوية التي تعطيها الشركات لمستخدميها وعمالها، بالإضافة إلى مرتباتهم، فهذهاعطيات لا هبات[3].

## المبحث الثاني: أركان الهبة:

للهبة عند الجمهور أركان أربعة، وهي الواهب والموهوب له، والموهوب، والصيغة.وهي ما يدل على التمليك من قول وهبتك وأعطيت، أو فعل كالكتابة وتحلية أحد الأبوين ولده بحلية، ونحو ذلك مما يدل عرفاًعلى تمليك الشيء الموهوب[4].

**فالواهب:** هو المالك إذا كان صحيحاً مالكاً أمر نفسه، فإذا وهب المريض ثم مات، كانت هبته في ثلث تركته عند الجمهور.

**وأما الموهوب له:** فهو كل إنسان، ويجوز أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي، اتفاقاً، وأما هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة، فمكروه عند الجمهور، وإن وقع جاز[1].

---

[1] بدران. بدران أبو العنيين. **الميراث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون**. ١٩٧٠م. ص٢١٦.

[2] فكري. علي.**المعاملات المادية والأدبية**.ط١. مطبعة مصطفى البابي.١٩٣٨م. ١٦١/٢.

[3] حمدي. **المواريث والهبة والوصية**. مرجع سابق. بدران . مرجع سابق. ص٢١٧.

[4] الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٤١٧/٤. الحطاب. **مواهب الجليل**. مرجع سابق ٣/٨.ابن عرفة . **حاشية ا لدسوقي** .درا الكتب العلمية.ط١. ١٩٩٦م.٤٩١/٥. مالك بن أنس. **المدونة للإمام مالك**. مرجع سابق ٨٥/١٥-٨٦.ابن رشد. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** . ٢٣/٢.. الشيرازي.المجموع شرح **المهذب**. مرجع سابق ٢٤٩/١٦. الشر بيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق ٥٣٨/٢. ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**. مرجع سابق ٢٧٥/٦. البهوتي.**كشاف القناع**. مرجع سابق ٣٥٩/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهذا الركن لم ينص عليه القانون المدني الأردني، فكانت النصوص قاصرة وغير كافية، ولكن مع مثل هذه الحالة لا بد من الإشارة أن مثل هذا الشرط ممكن إعماله ضمن القواعد العامة المعمول بها في القانون المدني الأردني[٢].

ويشترط في الموهوب له أن يكون موجوداً حقيقة وقت الهبة، فإذا كان جنيناً في بطن أمه أو غير موجود، فلا تصح الهبة ، ولا يشترط في الموهوب له أن يكون بالغاً أو عاقلاً ، بل يصح الهبة للصغير و المجنون و ينوب عنه في قبضها وليه .[٣] وهذا ما أخذ به القانون [٤]

**وأما الموهوب:** فهو كل مملوك، ويشترط فيه[٥]:

أ. أن يكون مملوكاً، فلا تصح هبة ما لا يصح ملكه، كالكلب الذي لم يؤذن في اقتنائه، وكما لا تصح هبة ملك الغير بدون إذنه.

ب. أن يكون الموهوب من الأشياء القابلة للنقل، من ملك إلى ملك في نظر الشارع، فلا تصح هبة الاستمتاع بالزوجة، لأن نقل هذا الاستمتاع ممنوع شرعاً.

ت. أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.

ث. أن يكون موجوداً وقت الهبة، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد، كمن يهب ما يثمره بستانه هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة، أو يهب ما في بطن بقرته من حمل، لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل، وقد يكون لداء في البطن

ج. قبض الشيء الموهوب، فلا يثبت الملك للموهوب له إلا بالقبض، بل لا تتحقق الهبة إلا به[١].

---

[١] الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٤١٧/٤. الحطاب. **مواهب الجليل**. مرجع سابق ٣/٨. الخطيب الشربيني. **الإقناع** . مرجع سابق ١٧٠/٢. الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. مرجع سابق ٥٦٧/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٦٩/٣. ابن مفلح. **الفروع**. مرجع سابق ٦٣٨/٤.

[٢] حمزوقة. **أحكام الرجوع في الهبة في القانون المدني** مرجع سابق. ص١٨.

[٣] الفقي: محمد، **فقه المعاملات** ،مرجع سابق ص٣٩٣، الزحيلي،وهبة ،**العقود المسماة** ، مرجع سابق ص١٤٢، الصابوني ،محمد علي ، **الفقه الشرعي الميسر** ،المكتبة العصرية ، بيروت ٢٠٠٢م ،ط١ ،ص ١٢٠

[٤] السنهوري ، **الوسيط** مرجع سابق ج ٥ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٠٢ .

[٥] النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق ٤٣٤/٤-٤٣٥. الشر بيني. **الإقناع**. مرجع سابق ١٧٠/٢. العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق ٦١٠/٥. الأنصاري. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. مرجع سابق ٥٧٤/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٧٠/٣



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما الصيغة: فكل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل، كلفظ الهدية والهبة، والعطية، وشبيه ذلك[٢].

كمن يقول وهبتك ،نحلتك، و ملكتك بلا ثمن ، أعطيتك ، و كذلك أطعمتك هذا الطعام ، وجعلت هذا الثوب لك ، فهذه الألفاظ بعضها صريح في الهبة لاستعمالها فيها ، وبعضها يجري جري الصريح لدلالته على التمليك في الحال بلا عوض ، وهو معنى الهبة ، فهذه الألفاظ لا تحتاج إلى نية ، ولو ادعى قائلها عدم أرادة الهبة ، فلا يصدق بدعواه.[٣]

وهذا أخذ به القانون المدني الأردني في المادة ٥٥٨[٤] ،وما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية في مادتها٨٥١ [٥]

وأما الحنفية: فركن الهبة عندهم هو الصيغة فقط، - الإيجاب والقبول- أي أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالقبض، أي أن القبض شرط لزوم الهبة وتمامها، لا شرط صحة، فلا يثبت الملك في الموهوب للموهو ب له قبل القبض، بل لا تتحقق إلا بالقبض، فبالقبض توجد الهبة، والقبض مولد لآثار الهبة[٦].

## المبحث الثالث: الهبة بعوض:

---

[١] أنظر: الفقي. محمد. **فقه المعاملات**: مرجع سابق: ص٣٩٣. الصابوني: محمد علي. **الفقه الشرعي الميسر**. المكتبة العصرية. بيروت. ط١. ٢٠٠٢م. ص١٢٠. حمدي. كمال. **المواريث**.مرجع سابق. ص١٦٠. بدان أبو العنين بدران. **الميراث**. مرجع سابق. ص٣٣٢. فكري. علي . **المعاملات المادية والأدبية**. مرجع سابق. ١٦٨/٢.

[٢] وهبة الزحيلي. **الفقه الإسلامي وأدلته.دار الفكر**. دمشق. ١٩٨٤م. ٨/٥.

[٣] البغا، مصطفى ، **فقه المعاوضات** ، القسم الثاني ، السنة الثانية ، دار المستقبل للطباعة ، ١٩٨١م .ص ١٠٥-١٠٦.

[٤] فقد نصت المادة على مالي:١. تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض، ٢.يكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته وكذا لو كان الموه وب له صغيراً يقوم الواهب على تربيته . أنظر: موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص١٤٣

(٥) الْمَادَّةُ ( ٨٥١ ) - ( يَمْلِكُ الصَّغِيرُ الْمَالَ الَّذِي وَهَبَهُ إيَّاهُ وَصِيُّهُ أَوْ مُرَبِّيهِ يَعْنِي مَنْ هُوَ فِي حِجْرِهِ وَتَرْبِيَتِهِ سَوَاءٌ أَكَانَ الْمَالُ فِي يَدِهِ أَمْ كَانَ وَدِيعَةً عِنْدَ غَيْرِهِ بِمُجَرَّدِ الْإِيجَابِ أَيْ بِمُجَرَّدِ قَوْلِ الْوَاهِبِ : وَهَبْت ، وَلَا يَحْتَاجُ إلَى الْقَبْضِ ) **شرح مجلة الأحكام العدلية**.٤١٨/١

[٦] ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار** .٤٩٠/٨. الكاساني . **البدائع** : ٨٤/٨. السرخسي . **المبسوط** .٥٨/٦. القاضي زاده . **كشف الأسرار**..٢١/٩.ابن عابدين **رد المحتار على الدر المختار**. ٥٣/٤. حيدر. علي.**درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. م٨٤١.٢/٤٠٦



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ذكرنا سالفاً، ومن خلال تعريف الفقهاء للهبة، يتبين أن الأصل في الهبة أنها تتم دون عوض، وأن الهبة هي أحد عقود التبرعات،[1] إذ أن الهبة وضعت لمصلحة الموهوب له، دون أن يكون للواهب أملاً بنفع يعادل ما رضي به من تضحية، فتفتقر ذمة الواهب، وتثري ذمة الموهوب له[2].

وهذه الخاصية حقيقة هي أولى الخصائص التي تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن الهبة، فلفظ الهبة بوجه مباشر أنها تتم دون أي مقابل، وتتحقق هذه الخاصية أيضاً في الهبات المتبادلة[3].

والأصل أن تتم الهبة دون عوض، إلا أن الواهب قد يشترط على الموهوب له أداء عوض معين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كمقابل للهبة مع بقاء نية التبرع قائمة لديه. فيكون المقصود بالعوض. هو أن الهبة قد تقترن بمقابل، شروط أو التزامات أو عوض تفرض على الموهوب له، كأن يهب داراً ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيراداً طول حياته، - يقرب من ريع الدار- أو أن ينفق عليه، وقد يكون العوض لمصلحة أجنبي، كأن يهب الواهب الدار، ويشترط على الموهوب له أن يسكن معه فيها أحد أقاربه، وقد يكون العوض للمصلحة العامة، كأن يهب شخص مالاً لجمعية خيرية، ويشترط عليها أن تنشئ مستشفى أو مدرسة[4].

والفقهاء قسموا العوض في الهبة إلى نوعين:

١. متأخر عن العقد:

فإذا كان العوض متأخر عن العقد، ففيه ثلاثة شروط:

أ. أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة مثل أن يقول: هذا عوض عن هبتك، أو مكان هبتك. فإذا لم يقل هذا عوض عن هبتك أو نحوه، لم يكن عوضاً بل يكون هبة ابتداءً.

ب. أن لا يكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد، فلو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب، لا يصح ولا يكون عوضاً.

---

[1] **المقصود بعقد التبرع** :هو العقد الذي لا يأخذ به العاقد مقابلا لما أعطى ولا يعطي الآخر مقابلاً لما أخذ. وهو يتميز عن غيره بقصد التبرع لدى الملتزم .مثل عقد الهبة والإعارة والوديعة والوكالة والكفالة بغير أمر المدين. والرهن والوصية ونحوها. الزرقا. **المدخل الفقهي العام**. مرجع سابق. ص٦٤٠

[2] الجيوسي. **الرجوع القضائي في الهبة**. مرجع سابق. ص٢٤.

[3] **الهبة المتبادلة:** هي أن يهب شخصا لآخر شيئاً. ثم يهب الأخير للواهب الأول شيئاً آخر. فتعتبر كل من الهبتين مبتداه تامة ومحضة. ويكون كل واهب قد وهب من ماله بينة التبرع لا على اعتبار أن الهبة الأخرى تمثل العوض عما قدمه.أنظر كمال حمدي. **المواريث والهدية والوصية**. مرجع سابق. ص١٤٧.

[4] أحمد. محمود علي. **بحوث في الهبة والشفعة والغصب والصيد في الفقه الإسلامي**. دار الهدى. ١٩٧٨م. ص١٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ت. سلامة العوض للواهب، فإن استحق من يده لم يكن عوضاً، لأن بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح[1].

٢. العوض المشروط في العقد[2]:

كأن يقول وهبتك هذا الكتاب على أن تعوضني هذا الثوب أو تهبني كذا، ففي هذا النوع خلاف وتفصيل، سيأتي بيانه – إن شاء الله–.

والشريعة الإسلامية اعتبرت شرط العوض في الهبة دلالة على لزومها وعدم الرجوع بها، وذلك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم:" **الواهب أحق بهبته ما لم يثب فيها**"[3].أي ما لم يعوض.

فالحديث جعل ما بعد الغاية خلافاً لما قبله[4].ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل، فقد حصل مقصوده فيمتنع الرجوع، ولا فرق بين أن يكون لعوض قليلاً أو كثيراً[1].

---

(١) الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق ٩٤/٨. السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ٦٤/٦. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار** مرجع سابق ٥٠٨/٨. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق ٤٣٢/٤ .علي حيدر . **درر الحكام** . مرجع سابق ٤٢٧/٢. الإمام مالك . **المدونة الكبرى**.٤١٥/٤.الحطاب. **مواهب الجليل**. ٣٠/٨.ابن جزي. **القوانين الفقهية**. ص٢٤٢. الشافعي. **الأم**. مرجع سابق ص٦٧٩ النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق ٤٢٩/٤..الشربيني. **مغني المحتاج** مرجع سابق . ٥٤٨/٢ . الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**.٢٦٠/١٦.العجيلي. **حاشية الشرقاوي** مرجع سابق .٢٤٦/٣ البهوتي.**كشاف القناع**. مرجع سابق ٣٠٠/٤ ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**. مرجع سابق ٣٠٢/٦

(٢) الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق .٩٤/٨. السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ٦٤/٦. ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق ٥٠٨/٨. الشيخ النظام. الفتاوى الهندية مرجع سابق .٤٣٢/٤ .علي حيدر. **درر الحكام**. مرجع سابق ٤٢٧/٢. الإمام مالك. **المدونة الكبرى**. مرجع سابق ٤١٥/٤.الحطاب. **مواهب الجليل**. مرجع سابق ٣٠/٨.ابن جزي. **القوانين الفقهية**. مرجع سابق ص٢٤٢. الشافعي. **الأم**. مرجع سابق ص٦٧٩ النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق ٤٢٩/٤..الشربيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق ٥٤٨/٢ . الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق ٢٦٠/١٦.العجيلي. **حاشية الشرقاوي** مرجع سابق .٢٤٦/٣. البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق ٣٠٠/٤ ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير** مرجع سابق . ٣٠٢/٦.

(٣) **رواه البيهقي** واللفظ له.رقم: ١١٨٠٤. ١٨١/٦. **ورواه ابن ماجة**. ٧٩٨/٢. حديث رقم:٢٣٨٧. قال صاحب مصباح الزجاجة: هذا إسناد ضعيف لضعف إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، رواه الدارقطني في سننه من حديث أبي هريرة ورواه الحاكم في المستدرك من طريق عبيد الله بن موسى عن ابراهيم بن اسماعيل. وقال الشوكاني بعد ذكر هذه الروايات فإن صحت هذه الأحاديث كانت مخصصة لعموم حديث الباب، فيجوز الرجوع في الهبة قبل الإثابة عليها. ومفهوم حديث سمرة يدل على جواز الرجوع في الهبة لغير ذي رحم . انظر: المباركفوري، محمد عبد الرحن بن عبد الرحيم، أبو العلا، ت١٣٥٣هـ، **تحفة الأحوذي**، دار الكتب العليمة، بيروت، ٤٣٧/٤. الكناني، **مصباح الزجاجة**، مرجع سابق، ٥٨/٣.

(٤) السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ٦٤/٦ ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار** مرجع سابق .٥٠٨/٨ الحطاب. **مواهب الجليل**. مرجع سابق ٣٠/٨ النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق ٤٢٩/٤ البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق ٣٠٠/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقد اعتبرت مجلة الأحكام العدلية العوض مانعاً من الرجوع في الهبة، حيث نصت المادة ٨٦٨ على ما يأتي: " إذا أعطي للهبة عوض وقبضه الواهب، فهو مانع للرجوع عليه، أو أعطي للواهب من جانب الموهوب له أو من آخر شيء على كونه عوضاً عن هبته وقبضه، فليس له الرجوع عن هبته بعد ذلك"[٢].

أما القانون المدني الأردني فقد نص على العوض في الهبة صراحة في الفقرة الثانية من المادة "٥٥٧" بالقول: ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضاً[٣].

كما نصت الفقرة السادسة من المادة ٥٧٩، على أنه " يعتبر مانعاً من الرجوع إذا كانت الهبة بعوض"[٤]

ولهذا إذا التزم الموهوب له بشروط لمصلحة الواهب أو الغير أو المصلحة العامة، دونما تحديد، أو قدم عوضاً عن الهبة، فإن هذه الهبة تصبح من الهبات اللازمة، فهي لازمة منذ صدورها، ولا يجوز الرجوع فيها حتى لو كان هناك عذر يبرر الرجوع، إلا بالتراضي مع الموهوب له، فالهبة بعوض لا يجوز الرجوع فيها، وقد يكون العوض مصاحباً للهبة منذ صدورها، فتصبح لازمة منذ هذا الوقت، وقد يأتي بعد صدورها فتصبح الهبة غير لازمة من وقت تقديم العوض، أو الالتزام بالشروط فتصبح الهبة كذلك لازمة فلا رجوع فيها[٥].

## المبحث الرابع: التحول في عقد الهبة:

قد يتحول عقد الهبة، وذلك بسبب اقتران الصيغة بشرط إلى عقد آخر، وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول: تحول عقد الهبة إلى عقد بيع:

ذكرنا مثلاً أن الهبة تمليك العين بلا عوض، فإذا شرط في الهبة العوض، مثل أن يقول : وهبت لك هذا المقعد على أن تعوضني هذا الثوب.أو وهبت له هذا بألف، أو هذا لك هبة بألف.

---

(١) الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق ٩٥/٨. السرخسي. **المبسوط** مرجع سابق ٦٤/٦. ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير** مرجع سابق . ٣٠٢/٦.

(٢) علي حيدر. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية** مرجع سابق.٤٢٧/٢.

(٣) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦. إعداد المحامي مصطفى محمود فراج. ص١٤٣.

(٤) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦. إعداد المحامي مصطفى محمود فراج . ص١٤٣.ص١٤٨.

(٥) أنور طلبة . **العقود الصغيرة. الهبة والوصية**. المكتب الجامعي الحديث. ٢٠٠٤م ص١٠٦. حمزوقة. **أحكام الرجوع في الهبة**. مرجع سابق. ص٦٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ففي هذه الحالة، هل يصح العقد، ويتحول إلى بيع أم يصبح باطلاً؟

وفي هذه المسألة خلاف مبني على قاعدة العبرة في العقود للإرادة الظاهرة لا للإرادة الباطنة، وفيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بظواهرها، لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعاني، وتفهيم المراد منها عند إطلاقها، فلا تترك ظواهرها .لهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأراد به الظهار، أو عكسه تعلق باللفظ دون المنوي، ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ، لوجود الإجماع على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له، فكذا ألفاظ العقود، ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد، ففسادها بتغير مقتضاها أولى.

الثاني: أن الاعتبار بمعانيها، لأن الأصل في الأمر الوجوب، فإذا تعذر حمله عليه حملناه على الاستحباب، وأصل النهي التحريم، فإذا تعذر حمله عليه، حملناه على الكراهة التنزيهية، وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه، ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله، ولهذا لو باعه بعشرة دراهم وفي البلد نقود، أحدها غالب حملناه على الغالب[1].

لقد كان للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

**الرأي الأول:** ذهب الحنفية[2] والمالكية[3] والأظهر عند الشافعية[4] ورأي عند الحنابلة[5] إلى أن الهبة إذا كانت بشرط العوض، العوض، وكان العوض معلوماً، صح العقد وكان بيعاً – تحول من هبة إلى بيع–

---

(1) الحموي. أحمد بن محمد الحموي. **غمز عيون البصائر**. دار الكتب العلمية.٢٦٨/٢. النووي. محي الدين بن شرف النووي. **المجموع شرح المهذب**. مطبعة المنيرية. ١٩٠/٩.

(2) الكاساني. **البدائع** مرجع سابق ٩٥/٨. الموصلي **الاختيار** مرجع سابق ٥٣/٣. الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق ٦٥/٦.السيواسي. **شرح فتح القدير** مرجع سابق ٤٩/٩.

(3) مالك بن أنس. **المدونة الكبرى** مرجع سابق ٤١٢/٤.الحطاب. **مواهب الجليل** مرجع سابق .٣٦/٨.ابن جزي. **القوانين الفقهية** . مرجع سابق ص٢٤٢.ابن عرفة **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق ٥٢١/٥.

(4) الشافعي. **الأم**. مرجع سابق ص٦٧٩ الشيرازي. **تكملة المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق ٢٦٢/١٦.النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق ٢٢٩/٤. .الشربيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق ٥٤٨/٢. الأنصاري. **أسنى المطالب** مرجع سابق .٥٨٥/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٧٣/٣. السيوطي. الأشباه والنظائر. مرجع سابق ص١٦٦.

(5) ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**. مرجع سابق ٣٠٢/٦.البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق ٣٦٢/٤.ابن مفلح. **الفروع** . مرجع سابق ٦٣٩/٤. الرحيباني. **مطالب أولي النهى** مرجع سابق .٣٨٢/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد قال الزيلعي : الهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين، وتبطل بالشيوع، وبيع انتهاء، فترد بالعيب وخيار الرؤية، وتؤخذ بالشفعة، وقال: زفر والشافعي رحمهما الله: هو بيع ابتداء وانتهاء، لأنهما أتيا بمعنى البيع، وهو التمليك بعوض ، وفق قاعدة العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني[١].

وفي مدونة الإمام مالك: جاء فيها: " قلت: أرأيت إن وهبت هبة للثوب، فأخذت العوض، فأصاب الموهوب له بالهبة عيباً أله أن يرجع في عوضه ويرد الهبة؟ قال : نعم، لأن الهبة على العوض بيع من البيوع يصنع فيها وفي العوض ما يصنع بالبيع ، قلت: وهذا قول مالك: قال: نعم، الهبة على العوض في قول مالك مثل البيوع محمل واحد[٢].

وجاء في شرح روض الطالب: وإذا قيدها –الهبة– المتعاقدان بثواب معلوم لا مجهول، صح العقد بيعاً[٣].

وذكر المرداوي في كتابه: " وفي كون العوض معلوماً أم مجهولاً: فإذا كان العوض معلوماً صار بيعاً، وإن كان العوض مجهولاً، لم يصح"[٤]

فقد اتفق جمهور الفقهاء على صحة العقد إذا كان العوض معلوماً لكن اختلفوا في ماهيتها:إلى مذهبين:

١. المذهب الأول: ذهب زفر من الحنفية والمالكية والشافعية على أن الهبة بعوض تعتبر بيعاً من البيوع[٥].

٢. المذهب الثاني:أما الحنفية فقد قالوا: أن الهبة بعوض هو هبة ابتداء وبيع انتهاء[٦]

فقد ذكر الكاساني في كتابه البدائع: " وأما العوض المشروط في العقد، فإن قال: وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب، فقد اختلف في ماهية هذا العقد، قال أصحابنا الثلاثة: –رضي الله عنهم– إن عقده عقد هبة، وجوازه جواز بيع، و عبروا أنه هبة ابتداء وبيع انتهاء.

---

[١] الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق ٦٥/٦.

[٢] مالك بن أنس. **المدونة الكبرى** مرجع سابق ٤١٢/٤.

[٣] الأنصاري. أبي يحيى زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب**. مرجع سابق ٥٨٥/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة** مرجع سابق.١٧٣/٣.

[٤] المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق.١١٦/٧.

[٥] الزيلعي. **تبيين الحقائق** مرجع سابق ٦٥/٦.الحطاب. **مواهب الجليل** مرجع سابق ٣٠/٨. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق ٥٢١/٥. الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق ٩٥/٨.

[٦] السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ٩٠/٦. الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق ٩٥/٨.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقال زفر – يرحمه الله- : عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء، ووجه قوله : أن معنى البيع موجود في هذا العقد، لأن البيع تمليك بعوض، وقد وجد، إلا أنه اختلفت العبارة، واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم، كلفظ البيع مع لفظ التمليك، ولنا: أنه وجد في العقد لفظ الهبة ومعنى البيع، فيعطى شبه العقدين"[١]

كما أن المالكية يرون جواز هبة الثواب مع عدم تعيين العوض مع أنها بيع، تنزيلاً لها منزلة نكاح التفويض[٢]، ولأن العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها[٣].

فكان استدلال أصحاب المذهب الأول إلى أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني[٤]، إذ أن الهبة بشرط العوض، أخذت أخذت معنى تمليك المال بالمال، وهذا هو البيع، فتحمل على البيع ولا تحمل على الهبة[٥].

أما دليل المذهب الثاني: وهو أن الهبة بشرط العوض تمليك مال بمال، لكن العقد انعقد في الظاهر بلفظ الهبة، وهو مخالف للمعنى الحقيقي له، وهو البيع، فاعتبر ابتداؤه بظاهر لفظه، واعتبر انتهاؤه بمعناه مراعاة لشبهه لكل منهما، وذلك لإمكان الجمع بينهما، فإعمال المشبهين أولى من إهمال أحدهما، فيأخذ حكمهما[٦]، فالهبة بشرط العوض لا تلزم إلا بالقبض والحيازة، اعتباراً بشبهها بالهبة حتى إذا قبضها الموهوب له لزمت وثبت فيها حق الرؤيا لعيب، وحق خيار الرؤية، وحق الشفعة اعتباراً بشبهها بالبيع عملاً بالدليلين قدر الإمكان[٧].

**الرأي الثاني:** وهو قول للشافعية[٨] ورأي ابن حزم،[١] وقول للحنابلة[٢]، ويرون بطلان عقد الهبة إذا شرط فيه العوض.

---

[١] الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق ٩٤/٨.

[٢] **نكاح التفويض**: وهو النكاح الذي يسكت عن تعيين الصداق حين العقد ويفوض ذلك إلى أحدهما أو إلى غيرهما ثم لا يدخل بها حتى يتعين. أنظر أبن جزي. **القوانين الفقهية**. ص١٣٦.

[٣] أبن رشد. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. مرجع سابق ٢٤٨/٢.

[٤] حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق المادة رقم ٣. ٢١/١.

[٥] السرخسي. **المبسوط** مرجع سابق ٩٠/٦. المواق. **التاج والإكليل**. مرجع سابق ١٧٩/٨. الشربيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق ٥٤٨/٢. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٧٣/٣.

[٦] ابن نجيم. **البحر الرائق**. مرجع سابق ٢٩٦/٧. القاضي زاده. **كشف الأسرار** مرجع سابق ٤٩/٩. السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ٩٠/٦.

[٧] أنظر وهبة الزحيلي. **الفقه الإسلامي وأدلته**. دار الفكر. ٢٩/٥ وما بعدها. أحمد. محمود على. **بحوث في الهبة والشفعة الغصب** . ١٩٧٨م. دار الهدى. ص٣٣ وما بعدها.

[٨] الشيرازي. **المهذب** مرجع سابق ٢٦٢/١٦. النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق ٤٢٩/٤. الشربيني. **مغني المحتاج** مرجع سابق ٥٤٨/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد جاء في المهذب: " وإن وهب لمن هو أعلى منه فيه قولان: قال في القديم: لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض، لأن العرف في هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط، وقال في الجديد : لا يجب، لأنه تمليك بغير عوض، فلا يوجب المكافأة بعوض كهبة النظير للنظير، فإن قلنا: لا يجب فشرط فيه ثواباً معلوماً، ففيه قولان: الثاني أنه باطل، لأنه لا يقتضي العوض، فبطل شرط العوض كالرهن، و هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه[٣].

وجاء في المحلى: " ولا يجوز هبة يشترط فيها الثواب أصلاً، وهي فاسدة مردودة.[٤]"

وقد ذكر ابن رجب: " مع أن القاضي قرر أن الهبة المشروطة فيها العوض ليست بيعاً"[٥]

فكان دليلهم على بطلان عقد الهبة بعوض، وهو أن اشتراط العوض ينافي عقد الهبة، فيبطلها[٦].

أما أصحاب الرأي الأول، فقد ناقش أصحاب الرأي الثاني بقولهم: إن اشتراط العوض ينافي مقتضى عقد الهبة، بأن الهبة تمليك بلا عوض، ولكن إذا اشترط عوضاً معلوماً أصبحت بيعاً، وصححنا العقد، لأنه معاوضة بمال معلوم، فتحولت إلى بيع صحيح، والعبرة بالمعنى والمآل.

وهذا ما أرجحه، وهو تحول عقد الهبة بعوض إلى بيع، لأن فيه تصحيحاً للعقد، وهذا أولى من إبطاله، ولأن فيه توسعة على المسلمين في معاملاتهم، وتصحيح عقودهم والتسهيل عليهم . فمثلاً لو قال رجل: وهبتك هذا الشيء بألف، فإن أخذنا من يقول باللفظ فسد العقد، وإن أخذنا برأي من يقول بالمعنى كان البيع صحيحا، وهو الأولى ،والأن إعمال الكلام أولى من إهماله، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. .

## موقف القانون المدني الأردني من تحول عقد الهبة إلى بيع:

---

(١) ابن حزم. **المحلى بالآثار**. مرجع سابق ١١١/٩.

(٢) ابن رجب الحنبلي. **القواعد**.مرجع سابق. ص٤٨

(٣) الشيرازي. **المجموع شرح المهذب** مرجع سابق ٢٦٢/١٦.

(٤) ابن حزم. **المحلى بالآثار**. مرجع سابق ١١١/٩.

(٥) ابن رجب الحنبلي. **القواعد**.مرجع سابق. ص٤٨

(٦) الشافعي.**الأم** مرجع سابق .ص٦٧٩. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٧٣/٣ النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق .٤٢٩/٤. الشيرازي. **المهذب** مرجع سابق .٢٦٢/١٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لقد نص القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية من المادة (٥٥٧) بالقول : ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضاً.

فكان ذلك دلالة على قبول القانون المدني الأردني للعوض في الهبة، ولكن ما هو تكييف عقد الهبة المشروط بعوض؟

لقد كيفت محكمة التمييز الأردنية الهبة بشرط العوض على أنها بيع بالمعنى القانوني، حيث أوردت في أحد أحكامها:

" أن الفراغ الرضائي المتضمن التنازل عن أرض لتكون حديقة عامة مقابل موافقة وزارة الشؤون البلدية على معاملة إفراز قطعة أرض هو هبة بعوض، والهبة بعوض هي بيع بالمعنى القانوني."[1]

---

[1] **تمييز حقوق** . رقم. ١٩٧٩/٤٤٠. **المنشور في مجلة نقابة المحامين**. الأعداد من ٧-١٢. لسنة ١٩٨٠م. ص٩٧٢. نقلا من **الرجوع الرضائي في الهبة**. مرجع سابق. ص٢٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما جاء في المادة (٥٦٢) ما يلي:

١. يجب أن يكون العوض في الهبة المشروطة معلوماً، وإلا جاز لكل من الطرفين فسخ العقد، ولو بعد تسلم الموهوب ما لم يتفقا على تعيين العوض قبل الفسخ.

٢. فإذا هلك الموهوب أو تصرف فيه الموهوب له قبل الفسخ وجب عليه رد قيمته يوم القبض.[١]

فقد اشترطت هذه المادة العلم بالعوض في الهبة المشروطة، لأنها في حكم البيع، وي شترط في البيع أن يكون العوض معلوماً، فإذا هلك الشيء الموهوب بعد القبض، وجبت عليه قيمته يوم قبضه، كما في البيع، فإنه إذا هلك المبيع وجب رد قيمته[٢].

وقد اشترط القانون المدني الأردني لكي تحتفظ الهبة بطابعها التبرعي، يجب أن تكون قيمة العوض المشترط أقل من قيمة المال الموهوب، حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة، فإن كانت قيمة العوض تقرب من قيمة المال الموهوب أو تزيد عليه، فإن علم الموهوب له ذلك، فإن العقد يكون معاوضةً لا هبة[٣].

وهذا ما نص القانون المدني الأردني في المادة ٥٥٧، في الفقرة الثانية.والتي تنص: "ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضاً"[٤].

فمن خلال ما سبق يتبين أن القانون المدني الأردني لم يصرح بتحول عقد الهبة بعوض إلى بيع، ولكنه أثبت لها أحكام البيع[٥].

---

(١) نقابة المحاميين. **المذكرات الإيضاحية**. مرجع سابق ٥٢٦/٢.

(٢) عزام. **التحول في العقد**. مرجع سابق. ص١٣٠.

(٣) حمدي. كمال. **المواريث والهبة والوصية**. مرجع سابق. ص١٦٦. بدران . أبو العينين. **الميراث والوصية والهبة**. مرجع سابق.ص٢٤٢

(٤) القانون المدني الأردني. موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية.٢٠١٠م إعداد المحامي. مصطفى محمود فراج، مرجع سابق،ص١٤٣

(٥) وللاستزادة في هذا الموضوع. يمكن الرجوع للمواد ٥٦٢.٥٧٩.٥٧١.٦٥٨.من القانون المدني الأردني . موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية.٢٠١٠م إعداد المحامي. مصطفى محمود فراج.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثاني: تحول الهبة إلى عارية[1]:

هناك ألفاظ في الإيجاب ليست صريحة في الهبة، فهي تحتمل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة لا بد من وجود نية لبيان المراد من هذا اللفظ.

فلو قال رجل: كسوتك هذا الثوب، أو حملتك على هذه الدابة، فمثل هذه الألفاظ كناية في الهبة، فإن نواها، انعقدت بها، وإن قال: لم أرد بها الهبة صدق في ذلك، وكانت عارية، لأنها تحتمل العارية وتصلح لها، كما تحتمل الهبة[2].

ولو قال: منحتك هذا الشيء، أو هذا الشيء منحة لك:

للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: للشافعية[3]، وهو هبة، لأن هذا اللفظ مستعمل في الهبة صراحة.

الرأي الثاني: للحنفية[4]، ويرون أنه إن كان مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والثوب والأرض، فهو عارية، لأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة، أو ما له حكم المنفعة، وقد أضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه، فكان تمليك بلا عوض، وهو معنى العارية.

وكذلك لو منحه شاة حلوباً، أو بقرة حلوباً كانت عارية، وجاز له الانتفاع بلبنها ورد عينها، لأن اللبن وإن كان عيناً، إلا أنه في حكم المنفعة عرفاً وكذا لو قال داري لك سكنى، أو صدقة سكنى، أو هبة سكنى، لأن قوله لك

---

[1] **العارية**: هي تمليك المنفعة بلا عوض. وسميت عارية لتعريها عن العوض. ومن شروطها: أن تكون العين قابلة للانتفاع بها مع بقاء عينها . حتى لا تكون عارية الدراهم والفلوس إلا قرضا . أنظر: الحدادي. **الجوهرة النيرة**. ٣٥٠/١. محمد فرموزا. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**. ٢٤٢/٢. الخرشي . **شرح مختصر خليل** للخرشي. ١٢١/٦. ابن حجر الهيتمي. **تحفة المحتاج**. ٤١١/٥.الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. ٧٢٢/٣. المرداوي. **الإنصاف**. ١٠١/٦.

[2] البغا. مصطفى. **فقه المعاوضات**. القسم الثاني. السنة الثانية. دار المستقبل للطباعة. ١٩٨١م. ص١٠٦

[3] النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق ٤٣٣/٤. العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق ٦٢٠/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق ١٧٣/٣ الشيرازي. **المهذب**. مرجع سابق ٢٥٦/١٦ الخطيب الشربيني. **مغني المحتاج**. مرجع سابق ٥٤١/٢.

[4] الكاساني. **البدائع**. مرجع سابق ٨٧/٨.ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار** مرجع سابق ٥١٧/٨. القاضي زاده. **كشف الأسرار**. مرجع سابق ٢٧/٩. الموصلي. **الاختيار لتعليل المختار**. مرجع سابق ٤٨/٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هبة، وإن كان لتمليك العين، لكنه يحتمل تمليك المنفعة، وهو قول سكنى للمنفعة، فلما ذكره يعد اللفظ المحتمل له كان تفسيراً له، وبيانا أنه أراد تمليك المنفعة لا العين، وهذا هو معنى العارية[1].

والذي أرجح: الرأي الثاني، وهو تحول الهبة إلى عارية، وذلك لأن اللفظ وإن كان هبة إلا أنه لا يحتمل الهبة ولكنه يقصد به العارية ، لأن فيه تمليك المنفعة وليس تمليك العين . ولأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك، كالدار والثوب والدابة والأرض، ولأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة، أو ما له حكم المنفعة، وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزرا عة، ولأن منفعة الأرض زراعتها، فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض.وهو تفسير الإعارة.

---

[1] الكاساني. **البدائع**. مرجع سابق ٨٧/٨.ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار** مرجع سابق .٥١٧/٨.القاضي زاده. **كشف الأسرار**. مرجع سابق .٢٧/٩. الموصلي. **الاختيار لتعليل المختار** مرجع سابق .٤٨/٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# الفصل الخامس: تحول الأحكام في عقد السلم

ويشمل

المبحث الأول: مفهوم السلم

المطلب الأول: السلم في اللغة

المطلب الثاني: السلم اصطلاحاً

المطلب الثالث: العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي

المطلب الرابع: السلم في القانون المدني الأردني

المبحث الثاني: مشروعية السلم

البحث الثالث: حكمة مشروعية السلم

المبحث الرابع: أوصاف عقد السلم

المبحث الخامس: أركان عقد السلم

المبحث السادس: تحول السلم في العين إلى بيع

المبحث السابع: تحول السلم في العقار إلى بيع

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الأول: مفهوم السلم

### المطلب الأول: السلم في اللغة :

السلم لغةً: هو السلف وزناً ومعنى، والسلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق، وسمي سلماً لتسليم رأس المال، وسلفاً لتقديم رأس المال، وأسلمت إليه بمعنى أسلفت[١]

والسلَم بالتحريك: السلف، والسلم : الاستسلام، وقد أسلم وأسلف بمعنى واحد[٢].

ويقال: أسلم وسلم، إذا أسلف، وهو أن تعطى ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أجل معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة، وسلمته إليه[٣].

وقال ابن فارس: سلف: السين واللام والفاء، أصل يدل على تقدم وسبق من ذلك السلف الذين مضوا، ومن باب السلف في البيع، وهو مال يقدم لما يشترى نساءً، وناس يسمون القرض السلف، وهو ذلك القياس لأنه شيء يقدم بعوض يتأخر.[٤]

### المطلب الثاني: السلم اصطلاحاً:

لقد اختلف الفقهاء في تعريف السلم، فقد ذكروا تعريفات متعددة، تختلف في بعض القيود تبعاً لاختلافهم في الشروط المعتبرة. فنذكر طائفة منها:

١. فقد عرفه الحنفية على أنه: عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً.[٥]
٢. وقد عرفه المالكية: بأنه بيع شيء موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه[٦].

---

[١] الفيومي. **المصباح المنير**. مرجع سابق. ٣٨٨/١. الفيروزبادي. **القاموس المحيط** مرجع سابق. ٨٣٧.

[٢] الجوهري. **الصحاح** مرجع سابق. ١٤٤١/٢.الزبيدي، **تاج العروس**. مرجع سابق. ٣٣٨/٨.

[٣] ابن منظور. **لسان العرب** مرجع سابق..٦٦٤/٤.

[٤] ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة** مرجع سابق.. ص٤٦٥. مجمع اللغة العربية. **المعجم الوسيط** مرجع سابق. ٤٦٢/١

[٥] . السيواسي. **فتح القدير** ،مرجع سابق. ٣٢٣/٥الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق. ٤٩٨/٤.ابن عابدين: محمد. **رد المحتار على الدر المختار** . مرجع سابق. ٤٥٤/٧. الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند: **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق. ١٨٢/٣. وفي **ملتقى الأبحر** للشيخ الحلبي. إبراهيم. أنه قال: بيع آجل بآجل" ٤٥/٢. أنظر أيضا حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية** مرجع سابق.١١٣/١.

[٦] مالك بن أنس. **المدونة الكبرى**. مرجع سابق. ٥٤/٣. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق. ١٩٥/٣. الدردير. **الشرح الصغير على أقرب المالك** مرجع سابق. ٢٦١/٣. القرطبي. محمد . **الجامع لأحكام القرآن الكريم** مرجع سابق.. ٣٧٨/٣. الحطاب. محمد. **مواهب الجليل** مرجع سابق .. .٤٧٦/٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣. وعرفه الشافعية: بأنه بيع موصوف في الذمة.[1]

٤. أما الحنابلة فقد عرفوه بأنه: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في المجلس[2].

كما نصت مجلة الأحكام العدلية في مادتها (١٢٣) : إلى أنه بيع مؤجل بمعجل. وبعبارة أخرى: هو البيع الذي يكون فيه الثمن معجلاً واستلام المبيع مؤجلاً[3].

## المطلب الثالث: العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي:

من خلال ما سبق تبين أن هناك علاقة وارتباط بين المعنيين –اللغوي والاصطلاحي- لكلمة " سلم" وذلك لأن السلم في اللغة معناه الدفع والإعطاء والتسليم، وفي اصطلاح الفقهاء: هو عقد يقتضي إعطاء المشتري رأس المال وتسليمه للبائع " المسلم فيه" معجلاً مقابل التزام البائع بأداء عين موصوفة في الذمة مؤجلة وعلى هذا فالسلم بمعناه الاصطلاحي مشتق من المعنى اللغوي، وهو الدفع والتسليم[4].

وكما يسمى سلماً في لغة الحجازيين، فإنه يسمى سلفاً في لغة العراقيين، وكلا اللفظين وارد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم[5] –كما سيأتي بيانه-[6].

---

(١) الشافعي. **الأم**. مرجع سابق.ص٤٧٩. الخطيب الشربيني. **الإقناع**. مرجع سابق. ٣٩/٢. العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق ٣/٥. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق.٣٨٩/٢. حجازين. **حاشية الشرقاوي**. مرجع سابق. ٤٨/٣. الأنصاري. **أسنى المطالب**. ٣٠٣/٤ النووي . **المنهاج بشرح مغني المحتاج**. ١٤٠/٢. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق. ٢٤٢/٣. الشيرازي. **المجموع شرح المهذب**. مرجع سابق. ١٤٥/١٢.

(٢) ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**. مرجع سابق.٣٣٨/٤. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق.٢٠٧/٣ ابن مفلح. **الفروع**.مرجع سابق. ١٧٣/٤. المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق.٨٤/٥ البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق ٣٣٦/٣.

(٣) حيدر . علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق. ١١٣/١.

(٤) حماد. نزيه. **عقد السلم في الشريعة الإسلامية**. ط١. دار القلم. دمشق. ١٩٩٣م. ص٩

(٥) فقال عليه الصلاة والسلام.: " **من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.**"

(٦) القضاة. زكريا. **السلم والمضاربة**. مرجع سابق. ص٢٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وذكر بعض المحققين وجهاً آخر للعلاقة بين المعنيين، فجاء: أن السلم وهو لغة السلف، فإنه أخذ عاجل بآجل، سمي به هذا العقد لكونه معجلاً على وقته، فإن وقت البيع بعد وجود المبيع في ملك البائع، والسلم عادة يكون بما ليس بموجود في ملكه، فيكون العقد معجلاً[1].

## المطلب الرابع: السلم في القانون المدني الأردني:

عرف القانون المدني الأردني في المادة (٥٣٢) عقد السلم بما يلي: السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل "[2] وأصل هذا التعريف مأخوذ من المذهب الحنفي المادة (١٢٣) من مجلة الأحكام العدلية[3].

وكما نص على هذا التعريف قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (٥٦٨)[4]

أما في القانون المصري فلم يرد نص خاص ببيع السلم، لكنه أورد بيع مؤجل التسليم، ويكثر التعامل به في البورصة في البضائع، كالقطن وغيرها[5].

---

[1] حماد نزيه. **عقد السلم**. مرجع سابق. ص٩

[2] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص١٣٧ المكتب الفني، **المذكرات الإيضاحية** . مرجع سابق ٥١٧/٢.

[3] الْمَادَّةُ ١٢٣ ) ( **بَيْعُ السَّلَمِ مُؤَجَّلٌ بِمُعَجَّلٍ** ) وَبِعِبَارَةٍ أَوْضَحَ هُوَ الْبَيْعُ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الثَّمَنُ مُعَجَّلًا وَاسْتِلَامُ الْمَبِيعِ مُؤَجَّلًا علي حيدر.**شرح المجلة** . ١١٤/١

[4] الزحيلي. وهبة. **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**. دار الفكر. ص٥. ٢٠٠٥م. ص٩٩.

[5] السنهوري. **الوسيط في شرح القانون المدني**. ٢٢٣/٤. زيد. محمد عبد العزيز نرجس. **التطبيق المعاصر لعقد السلم**. المعهد العالمي للفكر الإسلامي. ١٩٩٦. ط١. ص٥٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الثاني: مشروعية السلم:

لقد ثبتت مشروعية عقد السلم في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع.

### المطلب الأول: في القرآن الكريم:

١. قال تعالى : "[illegible]"[1] فالآية الكريمة دلت على إباحة البيع، وعقد السلم هو نوع من أنواع البيوع وهذا متفق عليه[2].

٢. قال تعالى : " [illegible]"[3]

فالآية أباحت الدين، وهو يثبت في الذمة نسيئة، والسلم نوع من الدين، لأن المسلم فيه ثابت في الذمة إلى أجل معين، قال ابن عباس رضي الله عنه، هذه الآية نزلت في السلم خاصة، ومعناه أن سلم أهل المدينة كان سبب نزول هذه الآية[4].

قال القاضي ابن العربي: "الدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضراً، والدين ما كان غائباً"[5].

---

(١) **سورة البقرة**: ٢٧٥.

(٢) الحطاب . محمد. **مواهب الجليل**. ٤/٤٧٦.. عليش. محمد. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. مرجع سابق. ٣/١٩٥. عليش. **شرح منح الجليل**. مرجع سابق. ٣/٢. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق. ٣/٢٤٢. الرحيباني.**مطالب أولي النهى**.مرجع سابق.٣/٢٠٧

(٣) **سورة البقرة**: ٢٨٢.

(٤) الطبري. محمد بن جرير بن يزيد الطبري. ت٣١٥هـ. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**. دار الفكر. بيروت. ١٤٠٥هـ . ٣/١١٦.القرطبي . محمد بن أحمد بن أحمد بن فرح . ت٦٧١هـ. **الجامع لأحكام القرآن الكريم**. دار الشعب. القاهرة. ط٢. ١٣٧٢هـ. تحقيق أحمد عبد العليم البردوني . ٣/٣٧٧. أبن كثير. إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي. أبو الفداء. ت٧٧٤هـ. **تفسير أبن كثير**. دار الفكر. بيروت. ١٤٠١هـ ١/٣٣٥. البيضاوي . ت٧٩١هـ. **تفسير البيضاوي**. دار الفكري. بيروت. ١٩٩٦م. تحقيق: عبد القادر عرفات حسونة. ١/٥٧٨.

(٥) ابن العربي. **أحكام القرآن**. ١/٢٤٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فدلت الآية على حل المداينات بعمومها، وشملت السلم باعتباره من أفرادها، إذ المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه إلى أجل

وقال ابن عباس: " أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله في كتابه، وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية . قال تعالى:

✂⬧❶❷❸ ☎✂☑❑⬉☪⧫✂⧫⬈ ✂➔⬄✂⍓✍✂ ✂☒♑⓾③❑♛✵✇⧫③
❻⬧☺✽❍⓾✂ ☞⬄☒♉❑🕮 ✂❼■🖫❷❸ ✌⤬⬄☒⓽❷✂ ☹⬈⧫☪⧫③✂☒⓽⬧✍
⬄⬛❑⬄🖮⬄☞⇩🗎✂✂⬧⬛"[1]

وقد ذهب جمهور الفقهاء[2] والمفسرون[3] بهذا القول على أن هذه الآية نزلت في جواز السلم ومشروعيته، كما أنها تتناول سائر المدينات أيضاً.

## المطلب الثاني: من السنة النبوية الشريفة:

1. ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
2. يسلفون في التمر السنتين والثلاثة، فقال عليه الصلاة والسلام،: **" من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم."**[4]

فاستدل الفقهاء بهذا الحديث على مشروعية عقد السلم، فهو يدل دلالة واضحة على أنه صلى الله عليه وس لم أجاز هذا البيع واشترط فيه شروطاً معينة وهو إعلام الكيل والوزن والأجل.[1]

---

[1] **سورة البقرة**: ٢٨٢.

[2] الزيلعي. **تبيين الحقائق**.٤/٥١٠. السرخسي. **المبسوط**. ١٢/١٢٤. مالك بن أنس .**المدونة الكبرى**. /٥٥. الشافعي. **الأم** ص٤٩٧. العجيلي.**حاشية الشرقاوي**.٣/٤٩. الشربيني. **مغني المحتاج**.٢/١٤٠. الأنصاري. **أسنى المطالب**.٤/٣٠٣ الشربيني. **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**. ٢/٣٩. ابن قدامة . **المغني على الشرح الكبير**٤/٣٣٨.

[3] الطبري. محمد بن جرير بن يزيد الطبري. ت٣١٥هـ. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**. دار الفكر. بيروت. ١٤٠٥هـ . ٣/١١٦.القرطبي . محمد بن أحمد بن أحمد بن فرح . ت٦٧١هـ. **الجامع لأحكام القرآن الكريم**. دار الشعب. القاهرة. ط٢. ١٣٧٢هـ. تحقيق أحمد عبد العليم البردوني . ٣/٣٧٧. أبن كثير. إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي. أبو الفداء. ت٧٧٤هـ. **تفسير أبن كثير**. دار الفكر. بيروت. ١٤٠١هـ ١/٣٣٥. البيضاوي . ت٧٩١هـ. **تفسير البيضاوي**. دار الفكري. بيروت. ١٩٩٦م. تحقيق: عبد القادر عرفات حسونة. ١/٥٧٨. القرطبي. **جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره**. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط١. ١٩٩٤م. تصنيف: فريد عبد العزيز الجنيدي. ٢/٣٧. محمد بن إدريس الشافعي . أحكام القرآن. درا الكتب العلمية. بيروت. ١٤٠٠هـ. تحقيق عبد الغني عبد الخالق.١٠/١٣٧.

[4] **رواه مسلم**. واللفظ له. حديث رقم:١٦٠٣ .١٢٢٦/٣.باب السلم. **ورواه البخاري**. حديث رقم. ٢١٢٥. ٢/٧٨١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣. وروي عن محمد بن أبي المجالد قال: أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزي وعبد الله بن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف؟ **فقالا: كنا نصيب الغنائم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكان يأتينا أنباط**[٢] **من الشام، فيسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب، فقلت، أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع قال: ما كنا نسألهم عن ذلك**[٣].

فقد استدل كثير من الفقهاء بهذا الحديث على مشروعية عقد السلم[٤].

٤. روي عن النبي صلى الله عليه وسلم :" **أنه نهى عن بيع م ا ليس عند الإنسان، ورخص في السلم** "[٥]. فقد دل هذا الحديث على مشروعية عقد السلم وجوازه، فهو استثناء من بيع الإنسان لما ليس عنده[٦].

## المطلب الثالث: من الإجماع:

أجمع الفقهاء على مشروعية السلم، وأن الصحابة رضوان الله عليهم استمروا في التعامل بالسلم في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما، و لم ينكر أحد ذلك[٧].

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن السلم الجائز أن يسلم الرجل صاحبه"[٨]

---

[١] الداما أفندي: **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر.** ٩٧/٢. الشنقيطي. محمد. **الفتح الرباني شرح رسالة أبي زيد القيرواني.** ٧١/٢.

[٢] **نبيط:** النبط والنبيط والأنباط : جيل من الناس معروفون حرث : الحرث : الزرع . كانوا يترلون البطائح بين العراقين ، وإنما سموا نبطاً لاستنبطاهم ما يخرج من الأرض.أنظر: ابن الأثير. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري (ت ٦٠٦هـ ).**جامع الأصول في أحاديث الرسول.**المؤلف : تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط – التتمة تحقيق بشير عيون.الناشر : مكتبة الحلواني – مطبعة الملاح – مكتبة دار البيان.ط الأولى. ٥٨٨/١.

[٣] **رواه البخاري.** باب الرهن في السلم.حديث رقم: ٢١٣٦. ٧٨٤/٢

[٤] مالك بن أنس. **المدونة الكبرى.** مرجع سابق. ٥٥/٣. الشافعي. **الأم.** مرجع سابق. ص٤٩٧. النووي. **روضة الطالبين.** مرجع سابق . ٢٤٢/٣ ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير** مرجع سابق.. ٣٣٨/٤. ابن مفلح. **الفروع.** مرجع سابق. ١٧٣/٤. الزركشي. محمد. **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** مرجع سابق.. ٤/٤-٥.

[٥] الزيلعي. عبد الله . **نصب الراية لأحاديث الهداية.** مرجع سابق. وقد قال فيه أنه غريب بهذا اللفظ، وقوله رخص في السلم هو من تمام الحديث لا من تمام المصنف، وقد أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس، ٤٥/٤.

[٦] الموصلي. **الاختيار.** مرجع سابق. ٣٤/٢. المرغيناني. علي. **الهداية مع شرح فتح القدير.** مرجع سابق. ٧١/٧.

[٧] الزحيلي. محمد. عقد السلم. **مجلة كلية الدراسات الإسلامية.** العدد الثالث عشر. مرجع سابق. ص١٧٨ وما بعدها.

[٨] ابن المنذر، **الإجماع**، مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية. قطر. ط٢. ١٩٨٧م. ص٩٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقال ابن رشد: "أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن، لما ثبت من حديث ابن عباس[1] المشهور"[2].

وقد روي أن سعيد بن المسيب قد خالف هذا الإجماع، وقد رد على ذلك بأن هذه الرواية شاذة، وإذ صحت فهي محجوجة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم قبل ابن المسيب[3].

## المبحث الثالث: حكمة مشروعية السلم:

الشريعة الإسلامية مبنية على تحقيق المصالح للعباد، ورفع الحرج عنهم، وعقد السلم مما تدعو إليه الحاجة، ومن هنا كان في إباحته رفع للحرج عن الناس، فالمزارع مثلاً قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من المال، وذلك فهو بحاجة إلى نوع من المعاملة حتى يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال، وإلا فاتت عليه مصلحة استثمار أرضه، وكان في حرج ومشقة وعنت، فمن أجل ذلك أبيح السلم[4].

وعقد السلم يوفر للطرفين – رب السلم والمسلم إليه – الهدف والغاية، فرب السلم يشتري السلعة حالاً بأقل من قيمتها على أن يستلمها في المستقبل، والمسلم إليه – البائع – يحصل على رأس مال السلم كثمن معجل، ولكن السلم يتضمن الاحتمالات

---

[1] **ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قدم المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاثة. فقال عليه الصلاة والسلام.: " من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ." رواه مسلم**.رقم:١٦٠٤ واللفظ له .١٢٢٦/٣.باب السلم. **ورواه البخاري**. حديث رقم. ٢١٢٥ ٧٨١/٢

[2] ابن رشد. **بداية المجتهد**. مرجع سابق. ٢٠١/٢ البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق.. ٣٣٧/٣.مالك بن أنس . **المدونة الكبرى** مرجع سابق..٥٥/٣. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**.مرجع سابق.١٩٧/٣.الحطاب. **مواهب الجليل**. مرجع سابق. ٤٧٦/٦. الشافعي.**الأم** مرجع سابق. ص٤٩٨. الخطيب الشربيني. **الإقناع**. مرجع سابق.٣٩/٢. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق.٢٤٢/٣. العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق.٢/٥. الأنصاري. **أسنى المطالب**.مرجع سابق ٣٠٣/٤. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق.٣٩٠/٢. ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير**. مرجع سابق . ٣٨٨/٤.المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق.٨٥/٥. الوحيباني. **مطالب أولي النهى**. ٢٠٨/٣ .

[3] الماوردي. علي. **الحاوي الكبير**. مرجع سابق. ٥/٧.

[4] الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق.٥١٠/٤ ابن قدامة. **المغنى على الشرح الكبير**. مرجع سابق. ٣٨٨/٤. الشوكاني. **نيل الأوطار**. ٣٢٤/٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والمخاطر، فاغتفر الشارع عن الغرر اليسير فيه، واستثناء من بيع المعدوم، ولكن قيده بشروط — سيأتي بيانها إن شاء الله — لحسم مادة النزاع، وتجنب المخاصمة والمنازعة بين الطرفين[1].

## المبحث الرابع: أوصاف عقد السلم:

من خلال البحث في أحكام عقد السلم في الفقه الإسلامي، يمكن وصفه بما يلي:

١. عقد معاوضة: لأنه يقوم على التقابل بين المبيع والثمن، ويبغي العاقدان من خلال هذا العقد الكسب والمصلحة

٢. بيع المفاليس: لأنه الغالب أن الدافع من وراء هذا العقد بالنسبة للبائع هو الحاجة إلى الثمن، لذا يشترط تسليم الثمن في مجلس العقد، لسد حاجة البائع من جهة، ودفعاً للغرر المفسد للعقد من جهة أخرى.[2]

٣. عقد مدة، لأن الزمن عنصر جوهري فيه، لذا يشترط أن يكون المسلم فيه ديناً، "مؤجلاً" ولفظ السلم موضوع له، لأن السلم يقتضي الدينية، والدينية تعني التأجيل.[3]

٤. عقد محدد، لأن المخاطر في هذا العقد يسيرة، والغرر اليسير مغتفر في المعاوضات، لهذا من الشروط تسليم الثمن في مجلس العقد، لأن تأخيره يؤدي إلى الغرر، وضم الغرر إلى الغرر يجعل الغرر فاحشاً والغرر الفاحش أو الجسيم مفسد للعقد.[4]

٥. عقد ملزم للجانبين: لأن حكمة ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن عاجلاً. ولرب السلم في المسلم فيه آجلاً.[5]

---

(١) القرطبي. **تفسير القرطبي**. مرجع سابق. ٣٧٩/٣.

(٢) أبو البصل.علي عبد الأحمد. **عقد المقاولة والتوريد** في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.دراسة فقهية مقارنة.رسالة دكتوراه .الجامعة الإردنية.١٩٩٥م: ص٤٩-٥٠.

(٣) الشافعي.**الأم**. مرجع سابق ص٤٩٨.النووي. **روضة الطالبين**.٢٤٣/٣. العجيلي. **حاشية الجمل**. ٣/٥. القيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة** . مرج سابق٣٩١/٢. الشربيني . **مغني المحتاج**: ١٤٣/٢. حجازين. **حاشية الشرقاوي**. مرجع سابق.٥٠/٣.

(٤) مالك بن أنس. **المدونة الكبرى**. مرجع سابق. ٥٦/٣. ابن مفلح. **الفروع**. مرجع سابق.١٧٣/٤. المرداوي. **الإنصاف** . مرجع سابق . ٨٥/٥. الوحيباني. **مطالب أولي النهى**.مرجع سابق.٢٠٧/٣. ابن قيم الجوزية: **إعلام الموقعين**. ٢٠/٢.

(٥) حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. ١١٤/١..



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الخامس: أركان عقد السلم:

لكل عقد من العقود أركان يقوم عليها، وشروط يتوقف ثبوت الأحكام على توافرها، ومن ذلك السلم، فله أركان لا يتم إلا بها، وشروط يتوقف وجوده الشرعي على تحققها، وقد ذهب جمهور الفقهاء [1] إلى أن أركان السلم ثلاثة، وقد خالف في ذلك الحنفية[2]، حيث اعتبروا ركن السلم هو الصيغة الموافقة للإيجاب والقبول الدالين على اتفاق الإرادتين وتوافقهما على إنشاء هذا العقد، والتي سأبحثها بإيجاز، لأنها ليست موضوع بحثنا.

### أولاً: الصيغة: وهي الإيجاب والقبول:

لما كان السلم عقد يتم بين طرفين، فإن وجوده يتوقف على صيغة تفصح عن رغبة المتعاقدين في إنشائه، وتعبر بجلاء عن اتفاقهما على تكوينه، لأن النية أو الرغبة أمر باطن لا يمكن الاطلاع عليه، فلا بد من تعبير يدل عليه ويكشف عنه، وهو الإيجاب والقبول المتصلان المتوافقان.[3]

وقد اتفق الفقهاء [4] على صحة الإيجاب والقبول بلفظ السلم أو السلف، وكل ما اشتق منهما، كأسلفتك، وأسلمتك، وأعطيتك كذا سلماً أو سلفاً في كذا، لأنهما لفظان بمعنى واحد، وكلاهما اسم لهذا العقد، وكذا على صحة القبول بكل لفظ يدل على الرضا بما أوجبه الأول، مثل قبلت، ورضيت، ونحو ذلك[5].

---

[1] . البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. مرجع سابق. ٨٨/٢.الخرشي.**حاشية الخرشي** مرجع سابق. ٢٢٣/٥.عليش. **منح الجليل**.٣٣١/٥. ابن رشد . **بداية المجتهد**. مرجع سابق. ٢٢٧/٢. الشافعي. **الأم**. مرجع سابق. ص٤٩٨ المهذب. مرجع سابق. ٤٧/١٢. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق . ٢٤٣/٣. زكريا الأنصاري. **أسنى المطالب**. مرجع سابق. ٣٠٤/٢. . ابن قيم الجوزية. **إعلام الموقعين**. ٢٣/٢.

[2] السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق ٣٨/٢٩ الكاساني. **بدائع الصنائع**: مرجع سابق. ١٠٠/٧..الزيلعي. **تبيين الحقائق**. مرجع سابق.٥٠٠/٤.

[3] نزيه حماد. **عقد السلم في الشريعة الإسلامية**. مرجع سابق. ص٢١.

[4] البهوتي. **كشاف القناع**. ٣٣٦/٣. الكاساني. **البدائع**: ١٠١/٧ . الحطاب. **مواهب الجليل**.٤٧٦/٦. ابن عرفة . **حاشية الدسوقي** . ١٩٥/٣ الأنصاري. **أسنى المطالب**. ٣٠٤/٢. . **الأشباه والنظائر**. للسيوطي. ص١١٢. النووي. **روضة الطالبين**٢٤٣/٣.. حجازين. حاشية **الشرقاوي** .مرجع سابق.٥٠/٣. الخطيب الشربيني. **الإقناع**. مرجع سابق.٤٠/٢ المرداوي. **الإنصاف**. ٨٥/٥.

[5] عليش. **منح الجليل**.٣٣١/٥.البهوتي. **شرح منتهى الإرادات**. ٨٨/٢.الكاساني. **البدائع** . ١٠٠/٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**ثانياً:العاقدان:**

إن عقد السلم من عقود المعاوضات المالية، وبما أنه كذلك، فلا بد من وجود طرفين متعاقدين بكامل إرادهما، ويجب أن يكون كل واحد من عاقديه أهلاً لصدور التصرف منه، وأن يكون له ولاية إذا كان يعقد لغيره.[١]

أما الأهلية المشترطة فهي أهلية أداء، والتي تعني صلاحية الشخص لصدور الأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً ، وتتحقق هذه الأهلية في الإنسان البالغ العاقل الرشيد غير المحجور عليه، بأي سبب من أسباب الحجر.[٢]

وأما الولاية المطلوبة فيمن يعقد السلم عن غيره، فهي كونه مخولاً شرعاً في ذلك بأحد طريقين:

١. إما بالنيابة الاختيارية التي تثبت بالوكالة [٣]، ولا بد فيها أن يكون كل من الوكيل والموكل صالحاً لإنشاء عقود المعاوضات المالية.

٢. أما بالنيابة الإجبارية التي تثبت بتولية الشارع، وتكون لمن يلي مال المحجور عليهم من الأولياء والأوصياء، الذين جعلت لهم سلطة شرعية على إبرام العقود وإنشاء التصرفات المالية لمصلحة من يلوهم[٤]

**ثالثاً: المعقود عليه:**وهو في السلم: رأس المال، والمسلم فيه

---

[١] **الموسوعة الفقهية**. ١٩٩/٢٥.

[٢] **أسباب الحجر:** أسباب الحجر ثلاثة. ومن اتصف بها كان محجورا عليه. وهي: ١ الصغر: فلا يجوز تصرف الصبي إلا بإذن وليه. ٢-الرق: ولا يجوز تصرف العبد إلا بإذن سيده. ٣-الجنون: ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال. أنظر **مجمع الضمانات:** البغدادي. غانم بن محمد. ص٤٢٢. ابن نجيم . **البحر الرائق**.٨٨/٨ ابن الهمام. كمال الدين بن عبد الواحد. **فتح القدير**. ٢٥٥/٩.

[٣] **الوكالة:** عقد يقيم الإنسان غيره مقام نفسه فيما يملكه في حياته. ملميقبل النيابة لمباشرة تصرف جائز ومعلوم مطلقا كان أو مقيدا. عاما أو خاصا . أنظر ابن نجيم، **البحر الرائق**،١٣٧/٧. الخرشي. محمد. **شرح مختصر خليل** . للخرشي. ٣٩٢/٦. الهيتمي. أحمد بن محمد. **تحفة المحتاج**. ٢٩٤/٥.

[٤] نزيه حماد. **عقد السلم**. مرجع سابق. ص٢٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث السابع: تحول السلم في العين إلى بيع

لقد ذكرنا سالفاً أن من شروط صحة السلم: كون المسلم فيه ديناً في الذمة، ولكن إذا كان المسلم فيه عيناً ، مثل أن يقول: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا المقعد، أو أسلمت إليك هذه الدار في هذه السيارة، فماذا يحصل للعقد؟ هل يبطل لأنه فقد شرط من شروط صحة السلم؟ أم يتحول إلى عقد آخر ويصح؟[١]

لقد كان للفقهاء في هذه المسألة رأيان هما:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] والمالكية[٣]والأظهر عند الشافعية[٤] والحنابلة[٥]إلى أنه إذا كان المسلم فيه عيناً لم يصح العقد.

فقد جاء في فتح القدير: " أما حكمة — السلم- فثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى".[٦]

وفي مواهب الجليل: " من شروط السلم: أن يكون المسلم فيه لا يشار إليه بعينه وخصوصيته، بل يكون في ذمة المسلم إليه، قال ابن عبد السلام: ولا أعلم في ذلك خلافاً في أن ذلك من شرط حقيقة كونه سلماً"[٧].

---

[١] الحفظي. عبد القادر. **التحول وأثره في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق. ص٢٧٩.

[٢] السيواسي.**شرح فتح القدير**. مرجع سابق. ٢٢٣/٥. الكاساني. **بدائع الصنائع**. مرجع سابق. ١٠١/٧.الزيلعي. **تبين الحقائق** . مرجع سابق . ٥١٧/٤.

[٣] الحطاب. **مواهب الجليل**. ٥٣٤/٤.المواق. **التاج والإكليل** ٤٧٦/٦.ابن عرفة. **حاشية الدسوقي** . ٢١٠/٣.ابن جزي . **القوانين الفقهية** . ص٢٣١.**الجامع لأحكام القرآن الكريم**. للقرطبي م٢. ٣٧٩/٣.

[٤] الشافعي. **الأم**. مرجع سابق. ص٤٩٩. العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق. ٤/٥. الشيرازي. **المجموع شرح المهذب** مرجع سابق..١٤٨/١٢. الشربيني. **مغني المحتاج** مرجع سابق.. ١٤٢/٢. النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق..٢٥٦/٣. الرملي. **نهاية المحتاج**. دار الفكر. ٣٨٠/٣. .

[٥] ابن رجب الحنبلي. **القواعد**. مرجع سابق. ص٤٩ المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق. ١٠٧/٥. الرحيباني. **مطالب أولي النهى**. مرجع سابق . ٢٢١/٣ ابن قدامة. **المغني على الشرح الكبير** . مرجع سابق. ٣٦٨/٤.البهوتي. **كشاف القناع** مرجع سابق. ٣٥٧/٣..

[٦] السيواسي.**شرح فتح القدير**. مرجع سابق. ٢٢٣/٥.

[٧] الحطاب. **مواهب الجليل** مرجع سابق.. ٥٣٤/٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي روضة الطالبين قال الإمام النووي: "الشرط الثاني من شروط صحة السلم: كون المسلم فيه ديناً، فلو استعمل لفظ السلم في العين، فقال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فليس هذا سلماً، وفي انعقاده بيعاً قولان أظهرهما: لا، لاختلال لفظه".[١]

وقد أستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

١. لأن السلم يقضى على الدينية، والعقد، معين، فلا ينعقد بيعاً لفساد صيغته.[٢]

٢. أن المسلم فيه يمكن بيعه في الحال، فلا حاجة إلى المسلم فيه[٣].

٣. أنه لا يكون سلماً ، لانتفاء الدينية، وهي الأصل في السلم، إذ بهما يفترق عن البيع، وليس بيعاً لاختلاف اللفظ.[٤]

الرأي الثاني: وهو قول للشافعية[٥] وقول للحنابلة[٦]:

وهذا الرأي ذهب إلى أنه إذا كان المسلم فيه عيناً فليس هذا سلماً، وينعقد بيعاً، فيتحول إلى عقد بيع ويصح.

ففي مغني المحتاج ما نصه: " الثاني من الأمور المشروطة كون المسلم فيه ديناً، فلو قال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فقيل: ليس قطعاً لانتفاء الدينية، ولا ينعقد بيعاً في الأظهر لاختلاف اللفظ، والثاني: ينعقد بيعاً نظراً للمعنى."[٧]

---

(١) النووي. **روضة الطالبين** مرجع سابق. ٢٥٦/٣

(٢) الرملي. **نهاية المحتاج**. مرجع سابق.٣٨٤/٣.

(٣) البهوتي. **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٣٥٧/٣

(٤) قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**. مرجع سابق. ٣٩٢/٢. الشافعي. **الأم** مرجع سابق. ص٤٩٩. الشربيني. **الإقناع**. مرجع سابق . ٤٠/٢. العجيلي. **حاشية الجمل**. مرجع سابق. ٤/٥. حجازين. **حاشية الشرقاوي**. مرجع سابق. ٥١/٣. النووي.**روضة الطالبين** مرجع سابق . ٢٥٦/٣. الشربيني. **مغنى المحتاج**. مرجع سابق. ١٤٢/٢..

(٥) النووي. **روضة الطالبين**. ٢٥٧/٣. الشربيني. **الإقناع**.٤٤/٢. العجيلي. **حاشية الجمل**.٦/٥

(٦) ابن رجب الحنبلي. **القواعد**.مرجع سابق.ص٤٩

(٧) الشربيني. **مغنى المحتاج**. ١٤٢/٢. الشافعي. **الأم**. ص٥٠١. قيلوبي وعميرة. **حاشيتا قيلوبي وعميرة**.٣٩٢/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقد ذكر ابن رجب في قواعده : " لو أسلم في شيء حالًا، فهل يصح أن يكون بيعاً أو لا يصح؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو ظاهر كلام أحمد، لا يصح البيع بلفظ السلم، والثاني يصح"[1]

**الترجيح:**

بناء على ما سبق يتبين رجحان أصحاب الرأي الثاني، وذلك بأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ، فيصح العقد و يعتبر بيعاً أولى من إبطاله، ولأن تصحيح العقود أولى من إبطالها، وفيها توسعة للمسلمين وإمضاء معاملاتهم.

## المبحث الثامن:تحول السلم في العقار إلى بيع:

ذكرنا سالفاً أن من شروط المسلم فيه: يجب أن يكون ديناً موصوفاً في الذمة، فنتج عن ذلك عدم جواز كون المسلم فيه عقاراً – كأرض أو بيت أو ما شابه ذلك–[2]

قال أبن رشد: " وإنما لم يجز السلم في الدور والأراضين، لأن السلم لا يجوز إلا بصفة، ولا بد من صفة الدور والأرضيين من ذكر موضعها، وإذا ذكرت موضعها تعينت وصار السلم فيها كمن ابتاع من رجل دار فلان على أن يتخلصها له منه، وذلك من الغرر الذي لا يحل ولا يجوز، لأنه لا يدري بكم يتخلصها منه، وربما لم يقدر على أن يتخلصها منه، ومتى لم يقدر على أن يتخلصها منه، رد إليه رأس ماله، فصار مرة بيعاً، ومرة سلفاً" [3]وهذا باطل.

ففي هذه الحالة يتحول عقد السلم إلى عقد بيع، وقد استدل المالكية على ذلك بأنه لا بد في السلم من وصف المسلم فيه، فإذا كان عقاراً أصبح عيناً، وأصبح المسلم فيه كابتياع دار لشخص معين من رجل آخر على أن يتخلصها منه[4]، فلا يكون العقد سلماً، وإنما يتحول إلى عقد بيع.

---

(1) ابن رجب الحنبلي. **القواعد**.مرجع سابق.ص٤٩

(2) الكلبي. محمد. **القوانين الفقهية**. مرجع سابق. ص٢٣١. العدوي. حجازي. **حاشية الشيخ حجازي** مرجع سابق.. ٩٠/٢. الحجاوي. موسى . **الإقناع**. مرجع سابق. ١٣٤/٢. البهوتي. منصور بن يونس ت١٠٥١هـ. **الروض المربع شرح زاد المستقنع** .تحقيق محمد نزار تيم وهيثم نزار تيم . طبعة دار الأرقم بن أ[ي الأرقم. ٢٧١/١. الشماخي. عامر بن علي . **الإيضاح**. ط٢. وزارة التراث القومي والثقافة. سلطنة عمان. ١٩٩٦م. ٤٧/٦.

(3) ابن رشد. أبو الوليد. محمد بن أحمد بن رشد.ت٥٢٠هـ. **المقدمات الممهدات**. مكتبة المثنى. بغداد. ١٩٧٠م. ٢١٦/٢

(4) عليش. **منح الجليل شرح مختصر خليل**. مرجع سابق. ٣٨٧/٥-٣٨٨. ابن رشد. أبو الوليد. محمد بن أحمد بن رشد.ت٥٢٠هـ . **المقدمات الممهدات**. مكتبة المثنى. بغداد. ١٩٧٠م. ٢١٦/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# الباب الثالث: عقود العمل:

ويشمل:

**الفصل الأول: تحول الأحكام في عقد الاستصناع.**

**الفصل الثاني: تحول الأحكام في عقد المقاولة.**

**الفصل الثالث: تحول الأحكام في عقد التوريد.**

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## الفصل الأول: تحول الأحكام في عقد الاستصناع

ويشمل:

المبحث الأول: مفهوم الاستصناع:

المطلب الأول:الاستصناع لغة

المطلب الثاني: الاستصناع اصطلاحاً

المطلب الثالث: الاستصناع في القانون المدني الأردني

المبحث الثاني: مشروعية الاستصناع

المبحث الثالث: شروط جواز الاستصناع

المبحث الرابع: حكم الاستصناع

المبحث الخامس:حكمة مشروعية الاستصناع

المبحث السادس: شروط جواز عقد الاستصناع

المبحث السابع: علاقة عقد الاستصناع بغيره من العقود وإمكانية تحوله:

المطلب الأول: الاستصناع والسلم

المطلب الثاني: تحول الاستصناع إلى سلم

المطلب الثالث: موقف القانون المدني الأردني من الاستصناع.

المطلب الرابع: تحول الاستصناع إلى إجارة

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الأول: مفهوم الاستصناع

### المطلب الأول:الاستصناع لغةً :

الاستصناع استفعال من صنع، فالألف والسين للطلب، يقال استغفار لطلب المغفرة، يقول الرازي : "الصنع" بالضم مصدر قولك صنع إليه معروفاً، وصنع به صنيعاً قبيحاً أي فعل[1] .

والاستصناع مصدر " استصنع" بمعنى طلب الصنعة، فيقال : استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه، وأصله " صنع يصنع صنعاً، فهو مصنوع وصنيع، والصناعة حرفة الصانع، والصناعة : ما تستصنع من أمر[2] والتصنيع: تكلف حسن السمت والتزين، واصطنع خاتماً: أمر أن يصنع له.[3] ورجل صنيع اليدين، وصنع اليدين، أيضاً بكسر الصاد، أي صانع حاذق.[4]

ورد لفظ " صنع" ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة منها:

١. حيث أطلق على ما يصنعه الإنسان، ويطلق على صناعة السحر حيث يقول الله تعالى : "❒◆🕮❒⚈♑⬀🗂✍ ✌♦✍ ✗♐❼ ③☺◆♑⑩♑✡♑⌨☒ ✍♦▫▣▫◑♦✈⇧ ✌♦✍ ◷✺☪◆➔⇖❒☑✈☎ ☎ ◑♐✡✺☺☒✍ ◷✺✡❒➔⇖❒✈☎ ✍☒⓿♑⑨← ♒☒◑♦🖎❷⚈♑"[5]

٢. وعلى صناعة السفينة حيث قال الله تعالى : " ❒◆③♦◑⬄☪◆⬈← ✈✍✍⚈♑⬀▦➔▣▫①✍"[6]

٣. ومنها قوله تعالى :" ◷←✡⬃⬈☒ ✈✍✍★ ✈✍✍✎⅄🕭♑❽✓ 🕮❒✍⬀◑♦♊⌘ ✍⬈✍❒
★☒⊄⬄⬈☮"[7] أي فعل الله الذي أتقن كل شيء[8].

---

[1] الرازي. محمد بن بكر بن عبد القادر. **مختار الصحاح**. مرجع سابق. ص ٣٧١.

[2] ابن منظور . **لسان العرب**. مرجع سابق. ٤٠٨/٥. الفيومي. **المصباح المنير** مرجع سابق.. ٤١٢/١. مادة صنع.

[3] الفيروزبآدي. **القاموس المحيط**. مرجع سابق. ١٠٠٣.مجمع اللغة العربية. **المعجم الوسيط**. مرجع سابق.٥٤٥/١

[4] الجوهري. **الصحاح**. مرجع سابق. ٩٦٣/٢. ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. مرجع سابق. ٥٥٤.

[5]. **سورة طه**. ٦٩

[6] **سورة هود**: ٣٨.

[7] **سورة النمل**: ٨٨.

[8] **تفسير الماوردي**. ٢١٢/٣



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقد ورد لفظ " صنع" ومشتقاته في السنة النبوية المشرفة كثيراً، منها إطلاق الصنع للطعام والأعمال عموماً، مثل" **عن همام بن الحرث قال ثم رأيت جرير بن عبد الله بال ثم توضأ ومسح على خفيه ثم قام فصلى فسئل فقال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم صنع مثل هذا** "[1] أي فعل كذا من الوضوء والمسح على الخفين ، ومنها إطلاقه على صنع المنبر.

ومنها ما رواه البخاري عن بن عمر رضي الله عنهما **أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ وَكَانَ يَلْبَسُهُ فَيَجْعَلُ فَصَّهُ فِي بَاطِنِ كَفِّهِ فَصَنَعَ النَّاسُ خَوَاتِيمَ ثُمَّ إِنَّهُ جَلَسَ عَلَى الْمِنْبَرِ فَنَزَعَهُ فَقَالَ إِنِّي كُنْتُ أَلْبَسُ هَذَا الْخَاتِمَ وَأَجْعَلُ فَصَّهُ مِنْ دَاخِلٍ فَرَمَى بِهِ ثُمَّ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَلْبَسُهُ أَبَدًا فَنَبَذَ النَّاسُ خَوَاتِيمَهُمْ**"[2]

وترجم ابن ماجه في سننه: باب الصناعات، وترجم الترمذي في سننه باب ما جاء في صناعة المعروف[3]

ومعنى الكلمة –إذن– أن يطلب إنسان من صانع أن يعمل له عملاً معيناً ، فإذا أضفنا إلى ذلك ما يجعل هذا الطلب محققاً لمراد الطرفين– دون منازعة بينهما– فينبغي أن يحدد الطالب نوع ما يعمل، وقدره وصفته، وكل ما يريد أن يكون عليه المصنوع، فإذا اتفق الطرفان على هذه المواصفات في العمل والزمن، واتفقا على تحديد الثمن الذي سيدفعه الطالب، وقال الصانع : نعم، فهذه صورة عقد الاستصناع.

## المطلب الثاني: الاستصناع اصطلاحاً:

إن تحديد معنى الاستصناع عند الفقهاء واعترافهم بمشروعيته أو عدمها، يأخذ اتجاهين، فأكثر الحنفية –كما سنرى في تعريفهم له–يرونه أنه عقداً مستقلاً، وأما غيرهم من المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم يلحقونه بأبواب السلم

---

[1] **رواه البخاري** في كتابه الجمع الصحيح المختصر. محمد بن إسماعيل أبو عبد لله البخاري الجعفي. ت٢٥٦هـــ. دار ابن كثير. اليمامة . ١٩٨٧. ط٣. تحقيق. مصطفى ديب البغا: حديث رقم: (٣٨٠) ١/١٥١

[2] **رواه البخاري**. باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه. حديث رقم (٥٥٣٨) ٥/٢٢٠٥. **ورواه مسلم**: باب تحريم خاتم الذهب على الرجال. ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام. حديث رقم (٢٠٩١) ٣/١٦٥٦

[3] القرة داغي. علي محي الدين . **عقد الاستصناع**. بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي. الدورة السابعة. العدد السابع. الجزء الثاني . ١٩٩٢م ص٣٢٨-٣٢٩



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستصناع، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكييفه، حيث أدخله الجمهور ضمن عقد السلم، وأما الأحناف فعدوه عقداً مستقلاً.

فقد عرف الكاساني عقد الاستصناع بقوله: عقد على مبيع في الذمة.[1] ويزيد السمرقندي على التعريف السابق فيقول: " عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"[2]

ويذكر ابن عابدين في تعريف الاستصناع أنه : " بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل "[3] وذكر ابن عابدين تعريفاً آخر للاستصناع : وهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص.[4] وعرفه الزيلعي : بأنه طلب الصنعة ، وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر : اصنع لي صفاً طوله كذا وسعته كذا على هيئة كذا، ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه.[5]

وقال البابرتي: والاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع ، فيقول: اصنع لي شيئاً صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهماً، ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أولا يسلم.[6]

وبذلك يتوافق الأمر لدى الفقهاء المذكورين من اعتبار الاستصناع عقداً مستقلاً.

### المطلب الثالث: الاستصناع في القانون المدني الأردني:

عرف القانون المدني الأردني عقد الاستصناع في المادة (٧٨٠) حيث جاء فيها " المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر."[7]

---

(١) الكاساني. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** دار الكتب العلمية: ١٣٥/٧

(٢) السمرقندي.علاء الدين محمد بن أحمدبن أبي أحمد. ت٥٣٩ **تحفة الفقهاء:** تحقيق محمد زكي عبد البر. دار إحياء التراث الإسلامي. قطر. ٥٣٨/٢.

(٣) ابن عابدين. **حاشية رد المحتار على الدر المختار**. دار الكتب العلمية **مرجع سابق.**. ٢٢٤/٥

(٤)ابن عابدين. **حاشية رد المحتار على الدر المختار**. دار الكتب العلمية. ٢٢٤/٥. وجاء مثله في محمد فرموزا. درر الحكام شرح غرر الأحكام . دار إحياء الكتب العربية. ١٦٧/٢

(٥) الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق. مرجع سابق.** ٦٢٥/٤. ابن الهمام. **فتح القدير. مرجع سابق.** ٣٦٥/٥.

(٦) ابن نجيم. **البحر الرائق شرح كتر الدقائق.** دار الكتاب الإسلامي. ١٨٥/٦. السيواسي. **شرح فتح القدير.** ٣٥٤/٥.

(٧) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**.رقم ٤٦. لسنة ١٩٧٦م. مرج سابق.ص٢٠١. نقابة المحاميين الأردنيين **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**. ٥١٧/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقد سمى القانون المدني الأردني عقد الاستصناع عقد مقاولة لاتساع ميادين العمل والصناعة ، ولأن عرف الناس جرى بينهم على تسمية عقد المقاولة بدلاً من عقد الاستصناع.[1]

وفي معجم مصطلحات الشريعة والقانون أن عقد الاستصناع هو عقد مقاولة يتعهد بمقتضاه صاحب صنعة معينة أن يصنع لشخص شيئاً معيناً مقابل مبلغ محدد.[2]

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على كثير من المسائل المتعلقة في عقد الاستصناع، وذلك في الفصل الرابع من الباب السابع في كتاب البيوع ، في عدد من المواد الواردة في المجلة.[3]

فقد جاء في المادة (٣٨٨) على ما يلي: " إذا قال رجل لواحد من أهل الصنائع : اصنع لي الشيء بكذا قرشاً، وقبل الصانع، انعقد البيع استصناعاً".[4]

فنجد أن المجلة قد جمعت بين ذكر البيع والعقد في وصف الاستصناع.

وقد عرفته أيضا في مادتها (١٢٤) بأنه "عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة."

## المبحث الثاني: مشروعية الاستصناع

اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع بين مبيح وحاظر، وقد كان هذا الاختلاف بسبب اختلافهم في تكييف عقد الاستصناع، وكان على النحو الآتي:

---

(١) نقابة المحاميين الأردنيين **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**: ٥٨٢/٢

(٢) كرم . عبد الواحد . **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع . ط٢ . ١٩٩٥م. ص٣٩ – جرجس . جرجس . **معجم المصطلحات الفقهية والقانونية** . رجعه أنطوان النشاف. الشركة العالمية للكتاب. ط١. ١٩٩٦م. ص٤٨

(٣) حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق. ٤٢٢/١

(٤) حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق. ١١٤/١



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١. يرى جمهور الفقهاء من مالكية[1] وشافعية[2] وحنابلة[3]: أن الاستصناع ملحق بالسلم[4]، فيشترط فيه ما يشترط في السلم.

٢. وذهب الحنفية[5] إلى أن الاستصناع عقد مستقل بذاته وله خصائصه، وأحكامه.

ومن هذا المنطلق اختلف العلماء في حكم عقد الاستصناع كعقد مستقل بذاته إلى مذهبين:

**المذهب الأول:** عدم جواز عقد الاستصناع إذا كان على غير وجه السلم وهو قول جمهور العلماء من مالكية [6] وشافعية[7] وحنابلة[8].

---

[1] الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي**. دار الفكر.٥/٢٢٣. المواق. **التاج والإكليل**. مرجع سابق. ٦/٥٠٠. ابن عرفة. **حاشية الدسوقي** . دار إحياء الكتب العلمية.٣/٢١٧

[2] الزركشي. بدر الدين بن محمد بهارد. **البحر المحيط**. دار الكتبي. ٨/١٣. النووي. **روضة الطالبين**. مرجع سابق. ٤/٢٧. الشيرازي. **المهذب تكملة المجموع**. ١٢/١٢ وما بعدها،الزركشي. **المنثور في القواعد الفقهية**. وزارة الأوقاف الكويتية. ٢/٣٥٧.

[3] المرداوي. **الإنصاف**. دار إحياء التراث العربي. ٤/٣٠١. ابن مفلح. **الفروع**. عالم الكتب. ٤/٢٤. الرحيباني . **مطالب أولي النهى** . المكتب الإسلامي.٦/٣٤٠.

[4] **مفهوم السلم**: هو عقد موصوف في الذمة. أنظر البهوتي **كشاف القناع**. مرجع سابق. ٣/٢٨٨. **حاشية قيلوبي وعميرة**. ٢/٢٤٤.

[5] السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق. ١٥/٨٥. الزيلعي. جمال الدين عبد الله بن يوسف. **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**. دار الحديث. مرجع سابق. ٤/٤٧٣.الكاساني. **بدائع الصنائع**. ٧/١٣٦. ابن **عابدين رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٤/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية** . دار الفكر. ٣/٢٠٨.

[6] الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي**. مرجع سابق. ٥/٢٢٣ ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. دار إحياء الكتب العربية .٣/٢١٧. المواق . **التاج والإكليل**. مرجع سابق.٦/٥٠٠ ابن رشد: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. مرجع سابق. ص٥١٩-٥٢٠. الصاوي: **بلغة السالك لأقرب المسالك**:٢/١٠٣. الحطاب. **مواهب الجليل**. مرجع سابق. ٤/٥٣٩ . **المدونة الكبرى** مرجع سابق.. م٢. ٩/١٨.

[7] الشافعي. **الأم**٣/٧٨. النووي. **روضة الطلبين**. ٤/٢٧. الشيرازي. **المهذب تكملة المجموع**. ١٢/١٢١ وما بعدها. **زاد المحتاج**. ٢/١٢٢.

[8] ابن مفلح. **الفروع**. مرجع سابق. ٤/٢٤ . .الرحيباني. **مطالب أولى النهى** مرجع سابق.٦/٣٤٠ . ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق. ٤/٢١٣ وما بعدها



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالمالكية خصصوا جزءا من كتاب السلم للسلم في الصناعات، أو السلف في الصناعات، وضربوا أمثلة لما كان يصنع في عصرهم، وأجازوه بشروط السلم[١].

أما الشافعية، فقد أجازوا السلم فيما صنع من جنس واحد فقط، كالحديد، أو النحاس، أو الرصاص، أو غيرها، ولم يجيزوا ذلك فيما جمع أجناساً مقصودة لا تتميز، كطست من نحاس وحديد، وكالغانية :- وهي مركبة من ذهب مع مسك وعنبر أو عود وكافور-، وجعلوا مثل هذا لا يجوز إلا يداً بيد، وقد جعل الإمام الشافعي هذا الشرط عاماً ، أما ما يجمع أجناساً مقصودة تتميز ، كالقطن والحرير، فهو موضع خلاف بينهم، والأصح في المذهب الجواز بشرط علم العاقدين بوزن كل من أجزائه[٢].

والحنابلة لا يكادون يختلفون عن الشافعية إلا في القليل من الفروع التطبيقية.[٣]

فقد ذكر ابن مفلح[٤] في كتابه: " لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، وأنه لا يصح بيع ثوب نسج بعضه على أن ينسج بقيته، لأن البقية سلم في أعيان"[٥]

**واستدلوا بما يأتي:**

١. عن نافع عن بن عمر ثم أن النبي صلى الله عليه وسلم" **نهى عن بيع الكالئ بالكالئ** "[٦]

---

[١] الخرشي. **شرح مختصر خليل للخرشي**. مرجع سابق. ٢٢٣/٥ ابن عرفة. **حاشية الدسوقي**. دار إحياء الكتب العربية ٢١٧/٣. المواق . **التاج والإكليل**. مرجع سابق.٥٠٠/٦

[٢] الشافعي. **الأم** مرجع سابق. ٧٨/٣. النووي. **روضة الطلبين**. مرجع سابق. ٢٧/٤. الشيرازي. **المهذب تكملة المجموع**. مرجع سابق. ١٢١/١٢

[٣] المرداوي. **الإنصاف**. مرجع سابق.٣٠١/٤ مفلح. **الفروع**. مرجع سابق. ٢٤/٤ . .الرحيباني. **مطالب أولى النهى** مرجع سابق ٣٤٠/٦. . ابن قدامة. **المغني**. مرجع سابق. ٢١٣/٤ وما بعدها

[٤] **أبن مفلح:** (٨١٦ - ٨٨٤ هـ = ١٤١٣ - ١٤٧٩ م)إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين: مؤرخ، من قضاة الحنابلة. مولده ووفاته في دمشق. وولي قضاءها سنة ٨٥١ وعين لقضاء الديار المصرية سنة ٨٧٦ فلم يذهب. من محاسنه إخماد الفتن التي كانت تقع بين فقهاء الحنابلة وغيرهم في دمشق، ولم يكن يتعصب لاحد. باشر القضاء في الديار الشامية نيابة واستقلالا أكثر من أربعين سنة.من كتبه (المقصد الارشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد) و (المبدع بشرح المقنع) فقه، أربعة مجلدات، طبع الاول منها، و (مرقاة الوصول إلى علم الاصول) . أنظر الاعلام: ٦٥/١.

[٥] ابن مفلح. **الفروع**. دار عالم الكتب. ٢٤/٤.

[٦] **رواه البيهقي**:سنن البيهقي الكبرى. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي. ت٤٥٨هـ. مكتبة دار الباز. مكة المكرمة ١٩٩٤م. تحقيق. محمد عبد القادر عطا. ٢٩٠/٥ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين.حديث رقم ١٠٣١٦



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**ووجه الدلالة** : أن الحديث دل على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ –الدين بالدين– وفي عقد الاستصناع بيع دين بدين، لأن السلعة في ذمة الصانع والثمن في ذمة المستصنع، وقد أجمع العلماء على منعه

وأجيب : بأن الحديث ضعيف ، وسبب ضعفه : أن موسى بن عبيدة تفرد به عن نافع وهو ضعيف ، قال أحمد: لا تحل الرواية عن موسى بن عبيدة ، ولا أعلم هذا الحديث لغيره، وقد ضعفه الإمام الشافعي وغيره[1].

٢. أن الاستصناع بيع معدوم ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم، المرء عن بيع ما ليس عنده

٣. وجود الجهالة في السلعة المستصنعة، لكونها قد تزيد وقد تنقص، فيضر بأحد الطرفين.

وقد رد على ذلك بأن ما يحتمل وجوده من الجهالة مغتفر، إذا كان يسيراً كما في السلم، وقد **ثبت عن ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره واستعط** [2]،مع أن مقدار الحجامة وكمية الدم المستخرج غير معروفة عند التعاقد.

**المذهب الثاني:**ذهب الحنفية[3] عدا زفر[4] إلى جواز عقد الاستصناع ، وأدلتهم في ذلك :

١. ما ثبت في الصحيحين من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما **أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ وَكَانَ يَلْبَسُهُ فَيَجْعَلُ فَصَّهُ فِي بَاطِنِ كَفِّهِ فَصَنَعَ النَّاسُ خَوَاتِيمَ ثُمَّ إِنَّهُ جَلَسَ عَلَى الْمِنْبَرِ فَنَزَعَهُ فَقَالَ إِنِّي كُنْتُ أَلْبَسُ هَذَا الْخَاتِمَ وَأَجْعَلُ فَصَّهُ مِنْ دَاخِلٍ فَرَمَى بِهِ ثُمَّ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَلْبَسُهُ أَبَدًا فَنَبَذَ النَّاسُ خَوَاتِيمَهُمْ** [5].

---

[1] أنظر الألباني. محمد ناصر الدين، ت١٤٢٠هـ. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**. إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت. ط٢. ١٤٠٥هـ. ١٩٨٥م. ص٥/٢٢٠.

[2] رواه **البخاري**.حديث رقم ٥٣٦٧. باب السعوط ٥/٢١٥٤ واللفظ له. **ومسلم**. رقم٤.١٢٠٢/١٧٣١.

[3] الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق. ٥/٢. السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق. ١٥/٨٥. الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي.٤/٥٢٦، السيواسي. **شرح فتح القدير**. مرجع سابق. ٥/٣٥٥. ابن عابدين . **رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٤/٥. البابرتي. **العناية**. مرجع سابق. ٦/٢٤٣. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. دار الفكر.٣/٢٠٨.

[4] **هو زفر** بن هذيل بن قيس النبري البصري. صاحب أبي حنيفة. ولد سنة ١١٠هـ . توفي سنة ٥٨ هـ.

[5] **رواه البخاري** في كتابه الجمع الصحيح المختصر. محمد بن إسماعيل أبو عبد لله البخاري الجعفي. ت٢٥٦هـ. دار ابن كثير. اليمامة. ١٩٨٧. ط٣. تحقيق. مصطفى ديب البغا: حديث رقم: (٣٨٠) ١/١٥١. **ورواه مسلم**: باب تحريم خاتم الذهب على الرجال. ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام. حديث رقم (٢٠٩١) ٣/١٦٥٦



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ووجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتماً من ذهب، ففيه مشروعية الاستصناع، وأما إلقاءه له فلأنه كان من ذهب، وقد حرم على الرجال التزين به، بدليل أنه اتخذ بعد ذلك خاتماً من فضة[1].

٢. ما ثبت في الصحيحين من حديث سهل قال: **أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى**

٣. **سهل مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته فعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعت ها هنا** [2].

فدل الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب من المرأة أن تأمر غلامها بصنع المنبر، فدل على مشروعية الاستصناع.

٤. التعامل من غير نكير على مر العصور في المباني والأحذية والأثاث ونحوها، فكان إجماعاً من غير إنكار من أحد[3].

٥. أن الحاجة تدعو إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما وجوده مصنوعاً، ويحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في حرج[4].

ومن هنا نرى أن جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة أجمعوا على عدم جواز الاستصناع إلا بشرط السلم، غير أن المالكية أجازوا استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم وأمتعهم التي يستعملونها في أسواقهم عند الصناع، على حين لا يجيز الشافعية والحنابلة من هذه الأشياء ما جمع أجناساً مقصودة لا تتميز

أما الحنفية هم الذين جعلوه عقداً مستقلاً من العقود المسماة، ووضعوا شروطاً لجوازه.

---

(١) **رواه البخاري**. باب خواتيم الذهب. حديث رقم (٦٢٧٥)٢٤٥٠/٦.

(٢) **رواء البخاري**. باب الجلوس على المنبر عند التأذين٣١٠/١رقم: ٨٧٥

(٣) السرخسي . **المبسوط** ٨٥/١٥. الكاساني. **البدائع** ٢/٥.**فتح القدير**. ٣٥٥/٥. الزيلعي. تبيين الحقائق. ٥٢٦/٤. شيخي زاده. عبد الرحمن بن محمد. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**. دار إحياء التراث العربي.١٠٦/٢.الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. ٢٠٨/٣

(٤) السالوس. علي. **عقد الاستصناع** . بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة السابع. العدد السابع. ج٢ ١٩٩٢م.ص ٢٧٧. الشاذلي : حسن علي. **الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه. صورة في عقد الاستصناع أو عقد السلم**. بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة، العدد السابع. ج٢ ١٩٩٢م ص٤٥٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الثالث: شروط جواز الاستصناع:

اشترط الحنفية[1] لجواز الاستصناع شروطاً ثلاثة، لكي يصبح عقد الاستصناع صحيحاً، وهذه الشروط:

١. بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته، لأنه مبيع فلا بد من أن يكون معلوماً ، والعلم يحصل بذلك، فإذا كان أحد هذه العناصر مجهولاً ، فسد العقد، لأن الجهالة المفضية للمنازعة تفسد العقد، وبناء عليه، إذا استصنع شخص إناء ، بين في الإناء نوع المعدن وجنسه ومقاسه وحجمه وأوصافه وعدد الآنية المطلوبة إذا كانت متعددة، فإذا أخفى ذلك كله أو شيئاً منه، فسد العقد للجهالة، وكذلك في صنع السيارة تبين جميع المواصفات المطلوبة، منعاً من الجهالة والتراع المنتظر عند تعارض المصنوع مع ما قد يترقبه المستصنع[2].

٢. أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس، كالمصنوعات والأحذية والأواني وأمتعة الدواب ووسائل النقل الأخرى، فلا يجوز الاستصناع في الثياب أو في سلعة لم يجر العرف بإستصناعها كالدبس – يستخرج من العنب– لعدم تعامل الناس به، ويجوز ذلك على أساس السلم، إذا استوفى شروط السلم، فإذا توافرت فيه تحول عقد الاستصناع إلى عقد سلم[3].

لأن العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني[4].

٣. ألا يذكر فيه أجل محدد، فإذا ذكر المتعاقدان أجلاً معيناً لتسليم المصنوع، فسد العقد، وتحول سلماً عند أبي حنيفة، فتشترط فيه حينئذ شروط السلم[5].

---

(١) الكاساني. **بدائع الصنائع**٥/٢. السرخسي. **المبسوط.** ٨٥/١٥. الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق**. دار الكتاب الإسلامي.٥٢٦/٤ شيخي زاده. **ملتقى الأبحر**. ١٠٦/٢. ابن عابدين. **حاشية رد المحتار على الدر المختار**. مرجع سابق. ٢٢٣/٥. على حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. ٤٢٢/١.

(٢) السرخسي. **المبسوط**.٨٥/١٥. الكاساني. **البدائع**. ٢/٥.السيواسي. شرح **فتح القدير**. ٣٥٥/٥ ابن عابدين. **حاشية رد المحتار على الدر المختار**.٤٧٦/٧ وما بعدها. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. ٥٢٧/٤

(٣) شيخي زاده. **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**. ١٠٧/٢ الزرقا. مصطفى أحمد. **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة**. بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة. العدد السابع. الجزء الثاني. ١٩٩٢م ص ٥٨٢.

(٤) علي. حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. ٢١/١

(٥) الزحيلي. وهبة مصطفي. **عقد الاستصناع**. بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي . الدورة السابعة. العدد السابع. الجزء الثاني. ١٩٩٢م. ص ٣١٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الرابع: حكم الاستصناع:

إن صورة عقد الاستصناع: هي أن يقول إنسان لصانع –من خفاف أو صفار أو غيرهما– اعمل لي خفاً، أو آنية من أديم أو نحاس، من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم[1]

حكم الاستصناع عند الجمهور هو حكم السلم[2]، تبعاً لرأيهم في الاستصناع كما بينا من قبل، أما الحنفية فيبين الكاساني أن حكم الاستصناع هو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاًغير لازم.

- وأما صفة الاستصناع في أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعً ا بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل.
- وأما بعد الفراغ من العمل وقبل أن يراه المستصنع فهو لازم، فكان للصانع أن يبيعه ممن شاء، لأن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة، لأنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز، ولو باعه الصانع وأراد المستصنع أن ينقض البيع ليس له ذلك[3].
- إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة: فقد اختلف الحنفية في حكمها:

---

[1] الكاساني. **بدائع الصنائع**. طبعة دار الكتب العلمية.٢/٥

[2] لقد فصلنا في بحث السلم: أن السلم جوز استحساناً وهو على خلاف القياس. لأنه بيع ما ليس عند الإنسان. والاستصناع كذلك. فقد نهى رسو ل الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان . ورخص في السلم. فجواز عقد الاستصناع استحسانا. وإجماع الناس على ذلك. ولأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غر نكير . وقد قال صلى الله عليه وسلم: **لا تجتمع أمتي على ضلالة**. " والقياس يترك بالإجماع. ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر. من غير بيان المدة. ومقدار الماء الذي يستعمل. ولأن الحاجة تدعو إليه. لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص . ونوع مخصوص. على قدر مخصوص. وصفة مخصوصة. وقلما يتفق وجوده مصنوعا. فيحتاج إلى أن يستصنع. فلو لم يجز لوقع الناس في حرج. أنظر: الكاساني . **بدائع الصنائع**. ٣/٥. الزيلعي. **تبيين الحقائق**. ١٢٣/٤. **شرح غرر الأحكام**.١٩٨/٢. وحديث لا تجتمع أمتي على ضلالة :ذكره محمد بن علي بن الحسن الحسني الدمشقي. في كتابه **مجمع الزوائد**. دار الكتب العلمية. بيروت.١٣٦/١

[3] الزيلعي. **تبيين الحقائق شرح لكنز الدقائق**. مرجع سابق. ٥٢٧/٤ الكاساني. **بدائع الصنائع** مرجع سابق.. ٣/٥-٤. ابن عابدين. **حاشية رد المحتار على الدر المختار** مرجع سابق.. ٤٧٦/٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١.	ظاهر رواية أبي حنيفة والصاحبين: أن الصانع يسقط خياره، ويبقى للمستصنع الخيار، وذلك لأن الصانع بائع فلا خيار له، وأما المستصنع فمشتر ما لم يره، فكان له الخيار، فالمصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه، فيبقى خيار صاحبه، على حاله، كالبيع الذي فيه شرط الخيار للمتعاقدين إذا أسقط أحدهما الخيار، فإنه يبقى خيار الآخر، كذا هذا

٢.	وفي رواية أخرى للإمام أبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار، ودليله في ذلك أن في تخير كل واحد منهما دفع الضرر عنه، وأنه واجب.

٣.	وفي رواية عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً ، ووجه الدلالة أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتنا ع عن أخذه لكان فيه إضرار بالصانع، بخلاف ما إذا قطع الجلد و لم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد، لأنا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا،فلم يكن الامتناع منه إضراراً لصاحبه، فثبت الخيار[1].

والأول هو الأصح كما ذهب ابن عابدين في حاشيته .

٤.	يبطل الاستصناع بوفاة أحد المتعاقدين[2].

هذا هو حكم الاستصناع كما جاء في كتب الحنفية ، ولكن مجلة الأحكام العدلية جاءت برأي في الإلزام يخالف طبيعة العقد عند الحنفية حيث نصت المادة (٣٩٢) على ما يلي:

" إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع ع لى الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"[3]

---

[1] الكاساني: **البدائع**. ٥/٣-٤. السيواسي. **شرح فتح القدير**.٥/٣٥٥. ابن عابدين.**حاشية رد المحتار على الدر المختار**. ٣١٢/٤..الزيلعي . **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. ٥٢٧/٤. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. ٢٠٨/٣. **تحفة الفقهاء**.٥٣٨/٢

[2] الكاساني: **البدائع**. ٥/٣-٤. السيواسي. **شرح فتح القدير**.٥/٣٥٥. ابن عابدين.**حاشية رد المحتار على الدر المختار**. ٣١٢/٤..الزيلعي . **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. ٥٢٧/٤. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. ٢٠٨/٣. **تحفة الفقهاء**.٥٣٨/٢.

[3] حيدر. علي. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق.٤٢٣/١



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الخامس: حكمة مشروعية الاستصناع:

لقد شرع عقد الاستصناع لسد حاجات الناس ومتطلباتهم، وقد تطورت الصناعات تطوراً كبيراً، وبالصناعة يحصل للصانع الارتفاق ببيع ما يبتكر وما ينتج من صناعته وفق الشروط والمطلبات والمواصفات، والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجاته وفق ما يناسبه في نفسه وماله، وقد يكون الموجود في الأسواق من المصنوعات ما لا يفي بحاجته ولا يحقق رغبته [1]، والاستصناع هو الذي يحقق له مطلوبه ومرغوبه فهو حينئذ يرجع إلى نمو المال وزيادته ومنفعة المتعاقدين.[2]

## المبحث السادس: شروط جواز عقد الاستصناع:

يشترط لجواز عقد الاستصناع ثلاثة شروط:

١. بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته، لأنه لا يصير معلوماً بدونه.

٢. أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد، والرصاص، والنحاس، والزجاج، والخفاف، والنعال، ولجم الحديد للدواب، ونصول السيف والسكاكين والنبل ونحو ذلك.

**٣.** أن يكون في أجل.[3]

## المبحث السابع: علاقة عقد الاستصناع بغيره من العقود وإمكانية تحوله:

### المطلب الأول: الاستصناع والسلم:

إن كلاً من السلم والاستصناع من العقود التي تشتمل على غرر، وجوزاً لمسيس الحاجة إليهما، فقد ثبت في الصحيح عن ابن عباس قال: **قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم الْمَدِينَةَ وَالنَّاسُ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَرِ الْعَامَ وَالْعَامَيْنِ أَوْ قَالَ عَامَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً شَكَّ إِسْمَاعِيلُ فَقَالَ مَنْ سَلَّفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ**[4]،[5]"

---

[1] ابن نجيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. مطبعة دار الكتاب الإسلامي.١٨٦/٦. شيخي زاده. **مجمع الأنهر**. ١٠٦/٢. الشيخ النظام . **الفتاوى الهندية**. ٥١٧/٤.

[2] جعبط . كمال الدين. **عقد الاستصناع**. بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة السابعة. العدد السابع. الجزء الثاني. ١٩٩٢م. ص٥٣٦

[3] الكاساني: **بدائع الصنائع**. ٣/٥.السيواسي. **شرح فتح القدير**. ٣٥٦/٥. الزيلعي. **تبين الحقائق**: ٥٢٨/٤. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**.٢٠٨/٣.

[4] **رواه مسلم**. مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري. ت٢٦١هـــ. دار إحياء التراث العربي. بيروت. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي . واللفظ له.١٢٢٦/٣.باب السلم. **ورواه البخاري**. باب السلم في وزن معلوم حديث رقم. ٢١٢٥ جزء ٧٨١/٢

[5] الثبيتي. سعود بن مسعود بن مساعد. **الاستصناع ( تعريفه. تكييفه. حكمه. وشروطه. وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية)** بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الجز الثاني ١٩٩٢. ص ٦٦١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما يتفق العقدان في أنه لا بد من ضبطهما بالصفة التي تنفي الجهالة ، قال في الكفاية: لأن السلم عقد غرر، وعدم الضبط بما ينفي الجهالة غرر ثان، وغرران على شيء واحد غير محتمل.[1]

وقد نصت المادة (٣٩٠) من مجلة الأحكام العدلية: "يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه المتفق المطلوب، فقد قال علي حيدر في شرحه للمجلة : يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وصفاً يمنع حدوث أي نزاع لجهالة شيء من أوصافه وتعريفه يتضح به جنسه ونوعه على الوجه المطلوب"[2].

**للاستصناع والسلم شروطٌ مشتركة بينهما وهي ثلاثة:**

١. أن يكون كل واحد منهما مما يصح تملكه وبيعه، احترازاً من الخمر والخنزير وغير ذلك.

٢. أن يكونا مختلفين جنساً وتجوز فيه النسيئة بينهما، فلا يجوز السلم في الذهب والفضة أحدهما في الآخر، لأن ذلك رباً، كذلك تسليم الطعام بعضه في بعض ممنوع، لأنه ربا، ويجوز تسليم العرض بعضها في بعض، وتسليم الحيوان بعضه في بعض، ومنع أبو حنيفة السلم في الحيوان.

٣. أن يكون كل واحد منهما معلوم الجنس والصفة والمقدار، إما بالوزن فيما يوزن أو بالكيل فيما يكال، أو بالذراع فيما يذرع، أو بالعد فيما يعد، أو بالوصف فيما لا يوزن ولا يكال ولا يعد[3].

## المطلب الثاني: تحول الاستصناع إلى سلم:

من البديهي القول أن تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الإمكان واجب،ففيما للناس فيه تعامل أمكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذي صرح به، وفيما لا تعامل فيه، ذلك غير ممكن، فيصار إلى تحصيل مقصودهما بالطريق ا لممكن، عملاً بالقاعدة الفقهية: إعمال الكلام أولى من إهماله.

---

[1] الموصلي. **كفاية الأخيار** مرجع سابق.. ١٥٩/١

[2] حيدر. علي **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** مرجع سابق.: ٤٢٤/١

[3] عبد الله . محمد عبد الله. **عقد الاستصناع**. بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي . الدورة السابعة. العدد السابع . الجزء الثاني : ١٩٩٢. ص٢٩٥. أنظر أيضا: سعيد. محمد رأفت. **عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة**. بحث منشور في مجلة المجمع الفقه الإسلامي. الدورة السابعة. العدد السابع. ج٢. ١٩٩٢م ص٦٨٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**فقد يتحول عقد الاستصناع إلى عقد سلم وذلك في حالتين:**

أولا: لو ضرب الاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع، كالثياب ونحوها، فإن العقد يتحول إلى سلم، لأنه لا تعامل في الثياب وصناعة الأواني المترلية، وقد جوز الاستصناع استحساناً لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب، لأنه استصناع فاسد، فيحمل على السلم الصحيح، وهذا قول أبو حنيفة[1].

أما الصاحبان – أبو يوسف[2] ومحمد بن الحسن الشيباني[3]–

قالا أن العقد يبقى استصناعاً ولا يتحول إلى سلم[4].

---

[1] السرخسي. المبسوط.٨٦/١٥ ابن نجيم: **البحر الرائق**: ١٨٦/٦. الزيلعي. **تبين الحقائق**: ٥٢٨/٤. السيواسي. **شرح فتح القدير**: ٢٥٦/٥. الكاساني. **بدائع الصنائع**: ٣/٥.شيخي زاده. **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**.١٠٦/٢. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. ٥١٧/٤.

[2] **أبو يوسف**: القَاضِي أَبُو يُوْسُفَ يَعْقُوْبُ بنُ إِبْرَاهِيْمَ الأَنْصَارِيُّ (١١٣ - ١٨٢ هـ = ٧٣١ - ٧٩٨ م) صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه. كان فقيها علامة، من حفاظ الحديث. ولد بالكوفة. وتفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه " الرأي " وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد. ومات في خلافته، ببغداد، وهو على القضاء. وهو أول من دعي " قاضي القضاة " ويقال له: قاضي قضاة الدنيا !، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه، على مذهب أبي حنيفة.وكان واسع العلم بالتفسير والمغازي وأيام العرب. من كتبه " الخراج " و " الآثار " وهو مسند أبي حنيفة، و " النوادر " و " اختلاف الامصار " و " أدب القاضي " و " الامالي في الفقه " و " الرد على مالك ابن أنس " و " الفرائض " و " الوصايا " و " الوكالة " و " البيوع " و " الصيد والذبائح " و " الغصب والاستبراء " و " الجوامع " في أربعين فصلا، ألفه ليحيى بن خالد البرمكي، ذكر فيه اختلاف الناس والرأي المأخوذ به. قلت: وللمعاصر محمد زاهد الكوثري " حسن التقاضي، في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي " .أنظر:**الاعلام**: ١٩٣/٨ .**سير أعلام النبلاء**:٥٣٥/٨.

[3] **محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني**. (١٣١ - ١٨٩ هـ = ٧٤٨ - ٨٠٤ م)محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيبان، أبو عبد الله: إمام بالفقه والاصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة.أصله من قرية حرستة، في غوطة دمشق، وولد بواسط.ونشأ بالكوفة، فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه وعرف به وانتقل إلى بغداد، فولاه الرشيد القضاء بالرقة ثم عزله.ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه، فمات في الري. قال الشافعي: (لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد ابن الحسن، لقلت، لفصاحته) ونعته الخطيب البغدادي بإمام أهل الرأي.له كتب كثيرة في الفقه والاصول، منها (المبسوط ) في فروع الفقه، و (الزيادات) و (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) و (الآثار) و (السير) و (الموطأ) و (الامالي) ، و (المخارج في الحيل) فقه، و (الأصل ) و (الحجة على أهل المدينة). أنظر: **الاعلام**: ٨٠/٦.**سير اعلام النبلاء**:١٣٤/٩.

[4] الزيلعي. **تبين الحقائق**: مرجع سابق. ٦٢٦/٤. ابن نجيم. **البحر الرائق**: مرجع سابق. ٢٨٥/٦.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد قال السرخسي:" وأما جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل، ففيما لا تعامل: نأخذ بأصل القياس، ونقول : إنه لا يجوز، ولو ضرب لهذا الثوب، أجلاً، تعجل الثمن، كان جائزاً وكان سلماً."[1]

ثانيا: لو ضرب للاستصناع أجلاً- أكثر من شهر[2]- فلفقهاء الحنفية فيه رأيان:

الرأي الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن عقد الاستصناع إذا ضرب فيه الأجل تحول إلى سلم[3].

وقد استدل بهذا الرأي:

١. على أنه إذا ضرب فيه أجلاً ، فقد أتى بمعنى السلم. إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً ، والعبرة في العقود لمعانيها لا لألفاظها، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة، لهذا صار سلماً فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا[4] .

٢. إن التأجيل يختص بالديون، لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد مطالبة، وليس ذلك إلا سلماً، إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق، ثم إذا صار سلماً يراعى فيه شرائط السلم، فإن وجدت صح وإلا فلا[5].

٣. أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفي تعاملهم بالاستصناع نوع شبهة، فكان الحمل على السلم أولى[6].

---

[1] السرخسي. **المبسوط.** ٨٦/١٥.

[2] فإذا كان الأجل أقل من شهر فهو استصناع. ما دام فيما جرى فيه عمل وصنعة. أنظر ابن عابدين. **حاشية رد المحتار.**٢٢٣/٥.

[3] السيواسي. **شرح فتح القدير.** ٣٥٦/٥.الكاساني. **بدائع الصنائع.** ٣/٥. الزيلعي: **تبين الحقائق:** ٥٢٦/٤.الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية.**٢٠٨/٣. فرموزا. محمد. **درر الحكام شرح غرر الأحكام.**١٩٨/٢. ابن نجيم. **البحر الرائق.**١٨٦/٦.

[4] ابن عابدين **رد المحتار على الدر المختار.**٢٢٣/٥. ابن نجيم. **البحر الرائق.**١٨٦/٦. الزيلعي: **تبين الحقائق:** ٥٢٦/٤.

[5] الزيلعي: **تبين الحقائق:**٥٢٨/٥.السيواسي. **شرح فتح القدير.** ٣٥٧/٥.الكاساني. **بدائع الصنائع.**٣/٥

[6] عزام: حمد فخري حمد. **التحول في العقد.** مرجع سابق: ص١٢٠ وما بعدها.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرأي الثاني: ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أنه إذا ضرب الأجل في عقد الاستصناع لا يحوله سلماً، بل هو استصناع على حال. وأيضا إذا ضرب الأجل فيما فيه تعامل بين الناس، فهو استصناع، وإن ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم[1]

واستدلوا بما يأتي:

١. لأن اللفظ حقيقته فيه، فيحافظ على مقتضاه، وإن ضرب فيما لا يتعارف فيه، فهو سلم لتعذر جعله استصناعاً، ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستعجال، هذا إذا كانت المدة على الاستمهال، أما إذا كان على سبيل الاستعجال بأن استصنع على أن يفرغ منه غداً أو بعد غد لا يصير سلماً [2].

٢. أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد تعجيل العمل، لأن تأخير المط البة لا يخرجه عن كونه استصناعاً[3].

الرأي الثالث: وللحنفية قول أنه إذا ذكر المستصنع الأجل ليس سلماً ، وإن ذكر الصانع فسلم، وقيل أيضاً : إن ذكر أدنى مدة تمكن فيه من التعامل فاستصناع، وإن كان أكثر فسلم ويراعى شرائطه[4]

---

[1] شيخي زاده. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**. ١٠٦/٢. ابن نجيم. **البحر الرائق**: ١٨٦/٦

[2] شيخي زاده. **ملتقى الأبحر**. ١٠٦/٢. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**.٢٠٨/٣ الكاساني: **بدائع الصنائع**: ٣/٥. السيواسي.**شرح فتح القدير** : ٣٥٧/٥.

[3] الموصلي. **الاختيار**، ٣٩/٢. الزيلعي. **تبين الحقائق**: ٥٢٨/٤. فقد ذكر الإمام السرخسي في كتابه أنه إذا ضرب لذلك أجلاً. كانت تلك الصناعة معروفة. فهو سلم في قول أبي حنيفة . يعتبر فيه شروط السلم من قبض رأس المال في المجلس . ولا خيار فيه لرب السلم/ إذا احضره المسلم فيه. وهو عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى استصناع على حاله. لأنه بدون ذكر الأجل عقد غير لازم/ فبذكر الأجل فيه لا يصير لازما.( **المبسوط** ٨٥/١٥) أنظر أيضا: ابن نجيم. **البحر الرائق**. ١٨٦/٦.

ثم قال: وهذا لأن ذكر الأجل تيسير فيه وتأخير المطالبة . فلا يتغير به العقد إلى عقد آخر . لأنه لو كان الاستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلما . لصار السلم بحذف الأجل استصناعا. ولو كان سلما لكان سلما فاسدا. لأنه شرط فيه صنعة صانع بعينه. وهذا مفسد للسلم.(**المبسوط**:٨٥/١٥)

[4] شيخي زاده. **ملتقى الأبحر**. ١٠٧/٢



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**المناقشة والترجيح:**

لقد رد أبو حنيفة على أدلة الصاحبين في تحول عقد الاستصناع على ما يأتي:

١. أنه بذكر الأصل لا يتحول إلى سلم، بل هو استصناع على حاله، بأن ذكر الأجل مؤخر للمطالبة، ولا يكون ذلك إلا بعد لزوم العقد، واللزوم في السلم دون الاستصناع، فثبوت الأجل فيه دليل على أنه سلم، وذكر الصيغة لبيان وصف المسلم فيه، لهذا لو جاء مفروغاً عنه –جاء بشيء مصنوع جاهز من صنع غيره– لا من صنعته يجبر على القبول[1].

٢. والقول بأن السلم بحذف الأجل لا يصير استصناعاً، يشكل بالمتعة فإنه لا يصير نكاحاً، بحذف المدة عنه، ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة، وهو إذا تزوج امرأة شهراً وهذا إذا كان ذكر المدة على سبيل الاستمهال أما إذا كان على سبيل الاستعجال، بأن قال: على أن يفرغ منه غداً، أو بعد غد، فهذا لا يكون سلماً، لأن ذكر المدة للفراغ من العمل، لا لتأخير المطالبة بالتسليم[2].

**الترجيح:**

ومن خلال ما سبق يتبين لنا رجحان ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في تحول عقد الاستصناع إلى سلم، لأن العبرة في العقود للمعاني، وقد أتى بالسلم كامل المعنى مستوفياً للشروط فيكون سلماً، وحمله على السلم أولى، لأنه أشمل على شروط السلم فكان اشتراط الأجل في الاستصناع مخرجاً له عن حقيقته إلى السلم وهذا أولى .

## المطلب الثالث:موقف القانون المدني الأردني من الاستصناع:

لقد استعمل القانون المدني الأردني اصطلاح عقد المقاولة بدلاً من عقد الاستصناع، وقد بين القانون المدني الأردني أحكامه في المادة (٧٨٠) وما بعدها حتى المادة (٨٠٤) إلا أن القانون المدني هنا أخذ بمفهوم الاستصناع كما هو عند جمهور الفقهاء، واشترط فيه شروط السلم، فأوجب القانون المدني تحديد مدة لإنجاز العمل على خلاف الحنفية، الذين لا يشترطون تحديد مدة لإتمام العمل في

---

[1] الحفظي: عبد القادر بن سليمان. **التحول وأثره في الفقه الإسلامي**. رسالة دكتوراه. مرجع سابق: ص٣٠٧.

[2] السرخسي: **المبسوط**: ١٤٠/١٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الاستصناع، فقد جاء في المادة (٧٨٢) منه ما يأتي: " يجب في عقد المقاولة وصف محله، وبيان نوعه، وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل"[١].

وعليه فإنه لا تحول في موضوع عقد المقاولة في القانون المدني الأردني، لأنه لم يفرق بين عقد السلم وعقد الاستصناع من حيث اشتراط مدة في السلم دون الاستصناع، كما فعل الحنفية، فهذا يشترط في عقد المق اولة – عقد الاستصناع – ما يشترطه في عقد السلم[٢].

أما في مجلة الأحكام العدلية فقد ذهبت إلى ما ذهب إليه الحنفية في مسألة تحول الاستصناع إلى سلم وذلك في مادتها، ( ٣٨٩) فقد جاء فيها: كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، أما لا تعامل باستصناعه، إذا تبين فيه المدة صار سلماً، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم، وإذا لم يتبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضاً[٣].

## المطلب الرابع:تحول الاستصناع إلى إجارة[٤]:

وللاستصناع شبهة بالإجارة في طلب الصنع – الاستئجار للصناعة – وقد فرق الإمام السرخسي بقوله " إذا أسلم حديداً إلى حداد ليصنعه إناء مسمى، بأجر مسمى ، فإنه جائز ولا خيار فيه إذا كان مثل ما سمى، لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به، وذلك لا يأتي هنا، فإنه بعد اتصال عمله بالحديد، لا وجه لفسخ العقد فيه

أما في الاستصناع: المعقود عليه العين، وفسخ العقد فيه ممكن، فلهذا أثبت خيار الرؤية فيه، ولأن الحداد هناك في مثال الحداد المستأجر للصنع، يلتزم العمل بالعقد في ذمته، ولا يثبت خيار الرؤية[٥] فيما يكون محله الذمة، كالمسلم فيه[٦].

---

(١) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**.رقم ٤٦. لسنة ١٩٧٦م. مرج سابق.ص٢٠١ **المذكرات الإيضاحية**. نقابة المحامين الأردنيين. ٥٨٢/٢

(٢) عزام. **التحول في العقد**. مرجع سابق: ص١٢٦.

(٣) حيدر . علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**. مرجع سابق. ٤٢٣/١.

(٤) مفهوم **الإجارة**: عرفها الحنفية: بأنها عقد على المنافع بعوض. **رد المحتار على الدر المختار** ١/٥. وعرفها الحنابلة: أنها عقد على منفعة مباحة معلومة. مدة معلومة بعوض معلوم. **غاية المنتهى** ١٩٠/٢.

(٥) **خيار الرؤية**: ه و حق يثبت به للمتملك الفسخ. أو الإمضاء عند رؤية محل العقد العين الذي عقد عليه و لم يره. أنظر: ابن عابدين. **رد المحتار على الدر المختار.دار الكتب العلمية**. ٥٩٢/٤. البابرتي. **العناية شرح الهداية**. دار الفكر. ٣٣٦/٦.

(٦) السرخسي. **المبسوط**. مرجع سابق. ٨٤/١٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما فرق الكاساني بين الاستصناع والاستئجار للصنع بقوله: إن أسلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم ، أو جلد إلى خفاف ليعمل له خفاً بأجر معلوم، فذلك جائز لا خيار فيه، لا هذا ليس باستصناع بل هو عقد استئجار، فكان جائز، فإن عمل كما أمر، استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمنه حديد مثله، لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديد، واتخذ في آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمان، فهذه تختلف الإجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافاً بائناً، ولو شابه الإجارة من جهة كون العقد يبطل بموت أحد العاقدين مثلاً[1].

فالصانع يعد من قبيل الأجير المشترك، وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعته، فهو يقدم عملاً لا عبثاً، وأما الاستصناع فإن الصانع يقدم فيه مادة وعملاً بها[2].

وهذا ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤٢١) " ......... فإن إعطاء السلعة للخياط مثلاً ليخيطها ثوباً، يعد إجارةً على العمل، كما أن استخياط الثوب على السلعة من عند الخياط استصناع"[3].

وقال سليم رستم في شرح المجلة : يشترط أن يكون الحديد من الصانع، إذ لو كان من المستصنع كان العقد إجارةً لا استصناعاً[4].

لهذا لو أبرم عقد استصناع على أن تكون العين من صاحب العمل، والعمل من الصانع، تحول العقد من عقد استصناع إلى عقد إجارة، وذلك لأن هذا العقد – الاستصناع – فقد شرطاً من شروطه، وهو وجود المادة من الصانع، وهنا كانت من صاحب العمل، فندرج هذا العمل تحت عقد الإجارة.

---

(١) الكاساني. **البدائع**: مرجع سابق. ٥/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية**. مرجع سابق. ٥١٧/٤

(٢) سعيد. محمد رأفت. **عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة**. بحث منشور في مجلة المجمع الفقه الإسلامي. الدورة السابعة. العدد السابع . ج٢. ١٩٩٢م . ص٧١٧ عبد الله. عبد الله محمد. **عقد الاستصناع**. بحث منشور في مجلة المجمع الفقه الإسلامي. الدورة السابعة. العدد السابع. ج٢. ١٩٩٢م. ص٣٨١

(٣) حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق.١١٥/١

(٤) سليم رستم. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. مرجع سابق. ص٢٢٠



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومع وجود التفريق بين الإجارة على الصنع والاستصناع، فإن بعض فقهاء الحنفية يرون أن الاستصناع إجارةابتداءً بيع انتهاء ، كما جاء في الذخيرة، " هو إجارة ابتداءً وبيع انتهاء لكن قبل التسليم، لا عند التسليم، بدليل أنهم قالوا : إذا مات الصانع يبطل، ولا يستوفي المصنوع من تركته[1].

والمقصود بذلك أنه ينعقد بعقد إجارة ابتداءً ويصير بيعاً انتهاء متى سلم. بدليل أنهم قالوا : بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع، ولا يستوفي المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعاًابتداءً وانتهاء، لم يبطل بموته كما في بيع العين[2].

---

[1] السيواسي.شرح **فتح القدير**. مرجع سابق. ٣٥٧/٥. الشيخ النظام. **الفتاوى الهندية** مرجع سابق..٢٠٨/٣..

[2] القرة داغي: علي محي الدين . **عقد الاستصناع** .بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة السابعة . العدد السابع. الجزء الثاني . ١٩٩٢م. ص٣٤٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## الفصل الثاني: تحول الأحكام في عقد المقاولة:

ويشمل:

المبحث الأول: مفهوم المقاولة:

المطلب الأول: المقاولة لغة:

المطلب الثاني: المقاولة اصطلاحاً:

المطلب الثالث: المقاولة في القانون المدني:

المبحث الثاني: أوصاف عقد المقاولة:

المبحث الثالث: مشروعية عقد المقاولة:

أولا : من القرآن الكريم.

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة:

ثالثا : من المعقول:

المبحث الرابع: تكييف عقد المقاولة وتميزها عن غيرها من العقود:

المطلب الأول: تحول عقد المقاولة إلى عقد بيع:

المطلب الثاني: تحول عقد المقاولة إلى عقد إجارة:

المطلب الثالث: تحول عقد المقاولة إلى عقد عمل:



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المبحث الأول: مفهوم المقاولة:

### المطلب الأول: المقاولة لغةً:

يراد بالمقاولة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقاولة، إذا فاوضه وجادله، وتقاولوا في الأمر : تفاوضوا، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر، قاوله مقاولة على تعهد منه للقيام به، والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء بيت، أو إصلاح طريق، والمقاولة: اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة[1].

### المطلب الثاني: المقاولة اصطلاحاً:

لم يرد مصطلح المقاولة في كتب الفقه القديم، فلا يوجد له تعريف محدد، والسبب في ذلك أنه مصطلح حديث الإطلاق، وذلك من حيث التسمية، أما من حيث حقيقته المتداولة بين الناس في الوقت الحاضر، فهي لا تخرج عما ألفه الفقهاء من عقود، فهي موجودة في عقد الاستصناع، أو الإجارة، ولذلك لا يمكن الوقوف على حد صريح للمقاولة عند الفقهاء[2].

ومع ذلك نجد أن عدداً من الفقهاء المعاصرين قد عرفوا عقد المقاولة:

فقد عرفه الزحيلي : بأنه عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر[3]،وهذا ما ذهب إليه عبد الواحد كرم ، في معجم مصطلحات الشريعة القانون[4].

لكن هذا التعريف غفل عن عنصر هام في العقد، وهو عنصر الزمن، إذ المقاولة تقوم في أساسها على الزمن

---

[1] الجوهري. **الصحاح**. تاج اللغة وصحاح العربية ١٣٤٤/٢. الفيروزبآدي. **القاموس المحيط**. ص١٤٦٩. ابن فارس. **معجم مقاييس اللغة**. ص٨٣٩. الزبيدي. **تاج العروس من جواهر القاموس**. ٦٤١/٥. ابن منظور. **لسان العرب**. ٥٣٩/٧. مجمع اللغة العربية. **المعجم الوسيط**. ٧٦٧. الرازي : **مختار الصحاح**٥٥٦. الفيومي: **المصباح المنير**.٦٢٨/٢.

[2] الغنانم . قذافي عزات عبد الهادي. **العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية**. رسالة دكتوراه. الجامعة الأردنية. ٢٠٠٣م. ص١٩٥.

[3] الزحيلي. وهبة. **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية والإماراتية والقانون المدني الأردني**. دار الفكر. بيروت. ط١. ١٩٨٧م. ص٢٧٦.

[4] كرم. عبد الواحد. **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط٢. ١٩٩٥/ ص٢٩٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي معجم لغة الفقهاء: أنه تعهد شخص للقيام بعمل معين بعوض محدد بوقت محدد[1].

وهذا التعريف قاصر عن شمول جميع أنواع المقاولة، إذ المقاولة ترد على العمل من المقاول فقط، وهذا ما اقتصر عليه التعريف، وقد ترد على العمل والمادة من المقاول معاً،وهذا ما قصر عنه التعريف.

والتعريف الذي أرجحه وأميل إليه هو أن عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد المتعاقدين بمقتضاه القيام بعمل معين، أو صنع شيء ما بإرادته، في زمن معين، مقابل بدل معلوم. وذلك لاشتماله عناصر عقد المقاولة.

### المطلب الثالث: المقاولة في القانون المدني الاردني:

جاء في المادة (٧٨٠) من القانون المدني الأردني أن المقاولة: " عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[2].

وقد عرفته المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري بأنه: " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[3].

وهذا ما نص عليه كل من القانون المدني العراقي، في المادة (٨٦٤) [4] والقانون المدني السوري في مادته (٦١٢) [5].

وأما محمد شنب فقد عرف عقد المقاولة بأنه " عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إرادته[6]".

---

[1] قلعة جي. **معجم لغة الفقهاء**. ٤٥٢،

[2] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**.إعداد مصطفى محمود فراج. مرجع سابق. ص٢٠١ نقابة المحامين الأر دنيين **المذكرات الإيضاحية**. . ٥٨٢/٢.

[3] السنهوري. عبد الرزاق أحمد. **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. ٥/٧.

[4] الفضلي. جعفر. **الوجيز في العقود المدنية. البيع . الإجارة. المقاولة**. ص٣٦٨،

[5] الزحيلي. محمد. **العقود المسماة . البيع. المقايضة. الإجارة**. ط٤. مرشورات جامعة دمشق. ١٩٩٤. ص٦٥

[6] شنب. محمد لبيب. **شرح أحكام عقد المقاولة**. ط٢. ٢٠٠٤م. مطبعة المعارف. ص ١٥



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويلاحظ من مجمل التعريفات السابقة أنها لا تبرز الخاصية الأساسية لعقد المقاولة، وهي أن يقوم المقاول بالعمل الذي تعهد به باستقلال تام عن صاحب العمل، وتحت إشراف المقاول وإرادته وحده.

والقوانين التي استعملت كلمة " بدل" كالقانون المدني الأردني كانت أدق ممن استعمل كلمة "أجر" وذلك لسببين:

أولا: اتجاه الناس إلى رفع شأن العمل والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهن بالأجير.

ثانيا: البدل أعم وأشمل من الأجر، لأنه يشمل الثمن[١] والأجر معاً[٢].

## المبحث الثاني: أوصاف عقد المقاولة:

من خلال ما سبق من تعريفات يتبين أن لعقد المقاولة خصائص وأوصاف يتصف بها، ومن أهم هذه الأوصاف: ما يلي:

١. عقد رضائي: فالمشرع لا يشترط لانعقادها شكلاً خاصاً، لذلك فهي تنعقد بمجرد تراضي طرفيها عليه، وقد تم ذلك كتابة أو مشافهة، أو حتى بالإشارة . وهذا ما نصت عليه المادة (٩٣) من القانون المدني الأردني " أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي"[٣].

٢. عقد ملزم للجانبين وقت إبرامه : فهو ينشئ التزامات في ذمة كل من طرفيه المتعاقدين، بحيث يصبح كل واحد منهما دائناً من ناحية، ومديناً من ناحية أخرى، أي أن التقابل هو الذي يميز العقد الملزم للجانبين، فالمقاول ملتزم بأداء العمل، ودائن بحقه في قبض البدل، وصاحب العمل ملتزم بتسليم البدل، ودائن بتسليم المصنوع أو الخدمة أو السلعة[٤].

---

[١] **الثمن**: هو ما يكون بدلا للمبيع ويتعين في الذمة. أنظر: حيدر. علي. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. المادة(١٥٢) ١/١٢٣.

[٢] قراريه. زياد شفيق حسن. **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي. وما يقابله في القانون المدني**. رسالة ماجستير . جامعة النجاح . ٢٠٠٤م ص١٦. **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**.٢/٥٨٢. وهبة الزحيلي:. **العقود المسماة**. مرجع سابق. ص٢٧٥. . **عقد المقاولة والتوريد**.مرجع سابق ص ١٧.

[٣] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص٣٦

[٤] أبو البصل: علي عبد الحمد. **عقد المقالة والتوريد**.مرجع سابق ص١٩. شنب . **شرح أحكام عقد المقاولة**. مرجع سابق. ص١٦. وهبة الزحيلي . **العقود المسماة**. مرجع سابق. ص ٢٧٦. سلامة. عبد الحميد. **نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاولة**. ص٦٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣. عقد معاوضة، وذلك لأن كلاً من طرفيها يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل، وقد يقدم المواد اللازمة لهذا العمل، ورب العمل يدفع الأجر[١].

٤. عقد وارد على العمل، فالأداء الرئيسي في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين، ورغم أن هذا العمل يتم في مقابل أجر، وهذا الأجر قد يكون عبارة عن نقل ملكية شيء مثلي[٢] أو قيمي[٣] إلى المقاول، فإن الاعتداد في وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيسي لا المقابل. والمقاول: إذ يقوم بالعمل المكلف به، فإنما يفعل ذلك باسمه الخاص، مستقلاً عن أي إرادة أو إشراف من جانب رب العمل، فالعقد يحدد العمل أو النتيجة التي أرادها المتعاقدان، والمقاول يختار الوسائل والأدوات التي يراها مؤدية إلى إنجاز هذا العمل أو تحقيق هذه النتيجة، دون أن يكون لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقابته[٤].

٥. عقد محدد، وهو العقد الذي يمكن لكل من طرفيه أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها إلى المتعاقد الآخر، و قيمة المنفعة التي سيأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع[٥].

٦. عقد ممتد: أي أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة بعد إنجاز ه، ومما يدل على أن المقاولة تظل ولا تنقضي بمجرد إتمام الصنع.وبذلك متى توافرت الخصائص السابقة في عقد من العقود، كان مقاولة أياً كانت طبيعة العمل المطلوب منه، وتطبيقاً لذلك تعتبر مقاولات العقود الواردة على الأعمال الآتية:

- إقامة المباني على اختلاف أنواعها وتشييد الجسور وترميمها.
- طبع الكتب والمجلات.

---

(١) الزحيلي. **العقود المسماة**. ٢٧٦. أبو البصل. ص١٩. الكركي. عصام أحمد سليمان. **عقد المقاولة الأردني. واثر تعديلات فيديك ٩٩ على المشاريع الإنشائية في الأردن**. رسالة ماجستير. جامعة مؤتة. ٢٠٠٦م. ص١٨. سلامة. عبد الحميد. **نظرية الظروف الطارئة**.ص٦٧.

(٢) **المثلي**: هو ما يوجد مثله في السوق. بدون تفاوت يعتد به. كالكيل والموزون العدديات المتقاربة. مثل الجوز والبيض. لأنه وإن وجد تفاوت في الكبر والصغر بين أفراد البيض والجوز. فذلك التفاوت لا يوجد اختلافا في الثمن. ويباع الكبير منهما بثمن الصغير. أنظر:علي حيدر. **شرح مجلة الأحكام العدلية**. ١٢١/١.

(٣) **القيمي**: هو لا يوجد له مثيل في السوق. أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة. كالمثلي المخلوط بغيره. وهو مثل الحنطة المخلوطة بالشعير . والخيل والحمير والغنم. وكتب الخط. وما شابه ذلك من الأشياء التي يوجد تفاوت في الأثمان تفاوتا كبيرا. أنظر: علي حيدر.**شرح مجلة الأحكام العدلية**.١٢١/١

(٤) الزحيلي. **العقود المسماة**. ٢٧٦. أبو البصل. ص١٩. الكركي. عصام أحمد سليمان. **عقد المقاولة الأردني. واثر تعديلات فيديك ٩٩ على المشاريع الإنشائية في الأردن**. رسالة ماجستير. جامعة مؤتة. ٢٠٠٦م. ص١٨. سلامة. عبد الحميد. **نظرية الظروف الطارئة**. ص٦٧.

(٥) أبو البصل: **عقد المقاولة**. مرجع سابق: ص١٩،



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

● نشر الإعلانات

● حياكة الملابس وكيها وتنظيفها.

● جمع الألبان من منتجيها وتسليمها إلى جمعية تعاونية مقابل مبلغ من النقود

● قطر سيارة معطلة من مكان إلى أخر، وغير ذلك من الأعمال[1].

## المبحث الثالث: مشروعية عقد المقاولة:

لقد ثبتت مشروعية عقد المقاولة من خلال استقراء لعدد من الأدلة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ثم من المعقول:

**أولاً : من القرآن الكريم.**

فيما يلي بعض الأدلة النصية من القرآن الكريم التي قد تنهض بمشروعية عقد المقاولة.

١. قال تعالى: " ③♦🕔✸🕯❑③⑩♑⊠✍ ✃✍✏⅄🔔✎⇦▫✍ ⬈◆✃✌♦✡⇖❑☑✃☎
🕮❑❑⇙▫➔❑✃☎ ✎⇗✍✍⊕⇘➔⇖➊➔❑⑩✎ "[2]

وهذا أمر من الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود، والعقد لفظ عام يشمل المقاولة وغيرها من العقود، وهو أيضاً يشمل كل عقد بين الإنسان وربه وبين الإنسان والإنسان[3].

٢. قال تعالى : " ❑♦🕮❑❍⊠✎❑ ✃✍✏✦ ✃✍⊕⇘🖮♦➊⇘⬈⊠
❑♦❍⊠➋▪✄♦ ✃✍⊕➋⚞⊠✎♦❑🗐✃☎ "[4]

كما أن عقد المقاولة هو نوع من أنواع البيوع، لما فيه من تبادل المنافع بين المتعاقدين[1].

---

[1] شنب . **عقد المقاولة** مرجع سابق.: ص٢٢.

[2] **سورة المائدة : ١**

[3] أبو البصل: **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق.ص ١٤،

[4] **سورة البقرة** : ٢٧٥.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**ثانياً: من السنة النبوية الشريفة:**

عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما **أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى ا لله عليه وسلم : يا رسول الله هل لا تجعل لك شيئاً تقعد عليه، فإن لي غلاماً نجاراً، قال: إن شئت، فعملت له المنبر**[٢].

فمن خلال الحديث النبوي الشريف بين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز صناعة المنبر عند النجار، والصناعة عقد وارد على عمل معين، وهي في الاجته اد التشريعي المعاصر عقد مقاولة، لأن العقد يتم بين صاحب العمل أو المستصنع وبين المقاول أو الصانع، فصاحب العمل يقدم البدل، والصانع يقدم العمل، وهذا هو جوهر عقد المقاولة[٣].

**ثالثاً : من المعقول:**

الحاجة داعية إلى القول بجواز عقد المقاولة، فإن البعض يملك القدرة على العمل، كما أنه يملك كوادر متخصصة للإشراف على تنفيذ العمل كما في شركات المقاولة، والبعض الآخر يملك المال، ولا يملك القدرة على العمل لكونه ليس متخصصاً ، فعدم القول بجوازها يوقع الناس في الحرج والمشقة، وهي لا تخالف نصاً تشريعياً، ولا أصلاً من الأصول الفقهية[٤].

## المبحث الرابع: تكييف عقد المقاولة وتميزها عن غيرها من العقود:

إن أوصاف عقد المقاولة السالفة الذكر هي ما تميزه عن غيره من العقود، ولكن هذه الصفات لا يستقل بها عقد المقاولة، ولا ينفرد بها عن بقية العقود، بل يشاركه فيها كثير من العقود، في صفة أو أكثر، وهنا يحصل الاشتباه بين المقاولة وغيرها، ويثور الالتباس في تكييف العقد.

فعقد المقاولة عقد ج ديد، أخذ اسماً جديداً، يشمل بأحكامه أربعة عقود في الفقه الإسلامي : وهي: الاستصناع، والجعالة، والسلم، والأجير المشترك[١].

---

(١) عربيات. وائل محمد. **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منها في المؤسسات الاقتصادية**. رسالة دكتوراه. الجامعة الأردنية . ٢٠٠٣. ص ٣٤.

(٢) **رواه البخاري**.حديث رقم: ٨٧٥. ٣١٠/١باب الجلوس على المنبر ثم التأذين

(٣) أبو البصل: **عقد المقاولة والتوريد**. ص ٦٣. عربيات. **الاستصناع**. ص٣٤.

(٤) عربيات. **عقد الاستصناع**. ص٣٤.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فقد يتفق المتعاقدان على عقد مختلط من المقاولة وغيرها، أو يضاف إلى عقد المقاولة شروط أو صفات من عقد آخر.

فمعرفة خصائص العقد، وما يميزه عن غيره من العقود، أول ما ينبغي للباحث والقاضي د راسته وفهمه، لإعطاء العقد الوصف القانوني له، ولمعرفة طبيعته القانونية، وتطبق الأحكام القانونية التي وضعها القانون له[2].

## المطلب الأول: تحول عقد المقاولة إلى عقد بيع:

من خلال ما سبق يتبين أن ماهية عقد المقاولة أن يتعهد المقاول بأن يقوم بعمل معين، فالغرض من المقاولة هو انجاز العمل.

أما البيع فيقصد به نقل ملكية شيء، وكون محل المقاولة عملاً ومحل البيع الملكية، فثمة حالات يمكن أن يتحول فيها عقد المقاولة إلى عقد بيع.[3]

نحو أن يتعهد المقاول ببناء مترل لحسابه – المقاول- ثم يقوم المقاول بنقل ملكيته إلى الطرف الآخر، فيكون هذا العقد بيع وليس مقاولة، لأن فيه نقل ملكية، كما هو حاصل في زماننا الحاضر، أن يأتي شخص إلى شركة مقاولات من أجل إبرام عقد على شقة لم تنشأ بعد، فيدفع مبلغاً من المال – دفعة – على أن تسلمه الشركة بعد سنة مثلاً ، فالأصل أن تكون الشقة مسجلة باسم شركة المقاولات، وعند الانتهاء من بنائها تنتقل الملكية إلى المشتري، فهذا يكون عقد بيع وليس عقد مقاولة[4].

---

(1) أبو البصل.علي عبد الأحمد. **عقد المقاولة والتوريد** في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني. ص٢١.

(2) قراريه. **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني**. مرجع سابق. ص١٨

(3) شنب . محمد لبيب. **شرح أحكام عقد المقاولة**. مرجع سابق. ص٢٠. السنهوري. عبد الرزاق . **الوسيط شرح القانون المدني المصري**. ٧/٥. أبو البصل. **عقد المقاولة**. مرجع سابق: ص٢٥. الزحيلي. محمد. **القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي**. ص٥٢-٥٥.. أنور سلطان. **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**. ص١٧. جاك الحكيم. **العقود المسماة " عقد البيع"** ص٢٢.

(4) أبو قرين. أحمد. **الأحكام العامة لعقد المقاولة**. ص ٢٢. قرة . فتحية. **أحكام المقاولة**. ص٢٤. قراريه. زياد. **عقد المقاولة في الفقه . الإسلامي** . مرجع سابق ص٢٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأيضاً إذا تعهد المقاول بصنع خزانة حسب مواصفات معينة، بناء على طلب الآخر، فالعقد مقاولة، أما إذا كانت لديه من قبل وطلبها من يريدها، فلا يكون عقد مقاولة بل يتحول إلى عقد بيع.

فإذا اقتصر تعهد المقاول على تقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، فلا شبه في أن العقد عقد مقاولة، أما إذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ، فإن الشك يقوم حول نوع العقد، هل هو عقد بيع؟ يبيع فيه المقاول المهمات والأدوات، أم عقد مقاولة يعتبر فيه المقاول أجير بعوض؟[1]

يميل الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي إلى اعتبار العقد عقد بيع، لأشياء مستقبلية، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة ما إذا كانت قيمة الأدوات ثانوية، بالنسبة لعمل المقاول، كما هو الحال بالنسبة للرسام، الذي يقدم القماش والأدوات، ولكنه يقدم على الأخص عمله ومهارته، وتقضي المحاكم الفرنسية بأن العقد الذي يتعهد فيه المقاول بإقامة بناء على أرض سلمت لهذا الغرض، يعتبر عقد مقاولة لا بيع، وإن استحضر المقاول أدوات البناء، لأنها ذات أهمية ثانوية بالنسبة للأرض، أما إذا قدم المقاول الأرض كذلك، فإن العقد يعتبر بيعاً لعقار في حالته المستقبلية[2].

وهذا ما أخذ به المشرع اللبناني في المادة ٢/٦٥٨: والتي تنص: "على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هو الموضوع الأصل في العقد، و لم يكن العمل إلا فرعاً كان هناك بيع لا استصناع."[3]

وأيضاً يتميز عقد المقاولة عن عقد البيع بأن التشريعات المدنية المعاصرة لا تعد عقد المقاولة باطلاً إذا لم يذكر فيه البدل، ويستحق المقاول أجر المثل، وقد نص على ذلك القانون المدني الأردني، في المادة(٧٩٦) "على أنه إذا لم يعين في العقد أجر على العمل، استحق المقاول أجر المثل، مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل"[4].

وهذه المادة مخالفة للفقه الإسلامي، لأن عقد المقاولة في مثل هذه الحال – أي في حالة جهالة البدل، أو عدم تسميته يكون فاسداً، قال ابن رشد: " فلا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسماة معلومة،وأجل معروف، وقول أيضاً: ومن شروط صحة المجاعلة أن يكون الجعل معلوماً[1] أما في عقد البيع فعدم تحديد الثمن يجعله باطلاً، لانتفاء محل التزام البائع[2].

---

(١) سلطان. أنور.**العقود المسماة**. شرح عقدي البيع والمقايضة. دارسة مقارنة في القانون المدني المصري واللبناني. دار النهضة العربية. بيروت. ١٩٨٠م. ص٢٩

(٢) سلطان. أنور.**العقود المسماة**. مرجع سابق. . ص٢٩

(٣) سلطان. أنور.**العقود المسماة**. . ص٢٩

(٤) موسوعة التشريعات. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق ص٢٠٥ نقابة المحامين. **المذكرات الإيضاحية**.٢/٥٨٥.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## المطلب الثاني: تحول عقد المقاولة إلى عقد إجارة:

المقاولة كما علمنا سالفاً أنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، فالمقاولة ترد على العمل، أما الإجارة فهي ترد على المنافع.

فقد يتفق شخص مع شركة من شركات النقل على أن تضع تحت تصرفه إحدى سياراتها مع سائقها ليستخدمها مدة معينة أو للقيام برحلة، فهل يعتبر هذا الاتفاق عقد إجارة وارد على السيارة، أم يعتبر عقد مقاولة محله القيام بنقل المتعاقد إلى الجهات التي يقصدها؟

يتوقف تكييف هذا الاتفاق على معرفة من يملك السيطرة على السيارة، وسائقها خلال الرحلة . فإذا كانت الشركة هي التي تملك هذه السيطرة باحتفاظها برقابة وتوجيه السائق والإشراف على السيارة بواسطته، فإن العقد يعتبر مقاولة نقل، أما إذا انتقلت السيطرة إلى الراكب بحيث كانت له سلطة الرقابة والتوجيه، فإنه يتحول إلى عقد إجارة للسيارة[٣].

فيتضح مما تقدم أن العقد يكيف بحسب العنصر الأساسي الذي وقع عليه المتعاقد، فإذا انصب على العمل كان مقاولة، إذا انصب على الانتفاع بالمأجور كان إجارة.

## المطلب الثالث: تحول عقد المقاولة إلى عقد عمل:

لقد عرف القانون المدني الأردني عقد العمل في مادته: ٨٠٥/١، أنه: عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إرادته لقاء أجر[٤].

وعقد العمل كان في القديم نوعاً من أنواع الإجارة، وأخذ هذا الاسم في الاجتهاد التشريعي المعاصر، واستمدت أحكام ه ذا العقد من أحكام الأجير الخاص[١] في الفقه الإسلامي.

---

(١) ابن رشد. **المقدمات**. ٦٢٢/٢. الكاساني. **البدائع**. ١٧٤/٤. الشربيني. **مغني المحتاج**. ٤٣١/٢. ابن قدامة. **المغني**.٤٤٠/٥.

(٢) أبو البصل: **عقد المقاولة والتوريد**. مرجع سابق. ص١٥.

(٣) شنب . **شرح أحكام عقد المقاولة**. ص٣٠. الفضيلي. **الوجيز في العقود المدنية**. ص٣٧٣. السنهوري. **الوسيط**. ٧/٧-٨. قرة. فتحية. **أحكام عقد المقاولة**. ص٣٧. عنبر. محمد . **الوجيز في عقد المقاولة**. ص٢٠. الزحيلي. محمد. **العقود المسماة في القانون المدني السوري**. ص٥٠٩.

(٤) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية. **القانون المدني الأردني**. مرجع سابق ص٢٠٧ نقابة المحامين الأردنيين **المذكرات الإيضاحية**. ٥٨٨/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وعلى الرغم من أن عقدي المقاولة والعمل يردان على العمل، فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى اشتباه بين العقدين[2].

والرأي المسلم فيه أن عقد العمل يتميز عن عقد المقاولة على أساس معيار التبعية– الإرادة والإشراف–

حيث يعمل العامل في عقد العمل تحت إرادة صاحب العمل، أي يعمل بإرادته وإشرافه، أما المقاول فيعمل عمله مستقلاً عن غيره ملتزماً بمقتضى عقد المقاولة، ولا يكون هذا الأخير مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع.

أما العامل في عقد العمل، فإنه يتلقى تعليماته من صاحب العمل، وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل، ويكون هذا الأخير مسئولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع.

لذلك فإنه قد يبرم عقد مقاولة ولكنه يخضع لأحكام عقد العمل، فيتحول إلى عقد عمل ويأخذ أحكامه

فلو أبرم عقد مقاولة بين طرفين على أن يقوم أحدهما ببناء شقق سكنية ويكون تحت إشراف وإرادة الطرف الآخر –رب العمل– وذلك من اختيار وسائل التنفيذ وأدوات ومهمات معاونيه وكيفية التنفيذ، فلا يكون هذا عقد مقاولة، بل يتحول إلى عقد عمل، لأن من شروط عقد المقاولة الاستقلال دون أن يخضع في تنفيذه لأي إشراف أو توجيه من قبل رب العمل[3].

وبالإضافة إلى ذلك هناك فروق تميز عقد المقاولة عن عقد العمل: ومنها:

---

[1] **الأجير الخاص**: وهو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة. ويستحق عليها الأجر ولو لم يقم بعمل. وتحت إشراف مستأجره وإرادته. ولا يجوز له العمل لغيره قبل انتهائه من عمله الأول. وتقدر المنفعة بالمدة. لأن تحصيلها لا ينضبط بغير ذلك. كالعامل في المصنع. أو استئجار امرأة لإرضاع طفل لمدة سنتين. فإن ما يشربه الرضيع من اللبن يقل أو يكثر. وأطلق علماء القانون المدني على المنفعة بأنها ترد على العمل في ذاته. أنظر الكاساني. **بدائع الصنائع**. ١٧٤/٤. البهوتي. **كشاف القناع**. ٥٤٦/٣. ابن قدامة. **المغني**. ٣٢٧/٥. ابن جزي. **القوانين الفقهية**. ص١٨١.

[2] قرة. فتحية. **أحكام عقد المقاولة**. ص٣٠. هاشم. هشام رفعت. **شرح قانون العمل الأردني**. ط٢. عمان مكتب المحتسب. ١٩٩٠م. ص٥٤–٥٥. السنهوري. **الوسيط**. ٨/٧ وما بعدها. أبو البصل. **عقد المقاولة والتوريد**. ص٢١.

[3] هاشم. هشام رفعت. **شرح قانون العمل الأردني**. ط٢. عمان مكتب المحتسب. ١٩٩٠م. ص٥٤–٥٥. السنهوري. **الوسيط**. ٨/٧ وما بعدها. أبو البصل. **عقد المقاولة والتوريد**. ص٢١



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١. أن العامل في عقد العمل لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً، إذ أن تنفيذه للعمل يكون أساسياً في عقد العمل، فلا يجوز أن يحل محله شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كمؤسسة أو شركة، وله أن يعهد بالعمل لشخص آخر محله، إلا إذا كان شخص المقاول عنصراً مهما في عقد المقاولة.

٢. يستحق العامل أجره في عقد العمل، إذا تواجد في مكان العمل وأبدى استعداده لتنفيذه حتى ولو لم يزوده صاحب العمل بالعمل، بينما لا يستحق المقاول عوضاً إلا إذا قام بتنفيذ العمل فعلياً.

٣. يستحق العامل أجره حتى ولو هلك ما يعمل به بين يديه، باستثناء حالات معينة، يكون سبب الهلاك فيها الإهمال والتقصير لأن الأصل أن يد العامل فيما بين يديه يد أمانة، ويد المقاول يد ضمان[1].

أما المقاولة فإنه يضمن ما هلك تحت يده، لأن يده يد ضمان.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

[1] قرة . فتحية. **أحكام عقد المقاولة**. ص٣٠. هاشم. هشام رفعت. **شرح قانون العمل الأردني**. ط٢. عمان مكتب المحتسب. ١٩٩٠م. ص٥٤-٥٥. السنهوري. **الوسيط**. ٨/٧ وما بعدها. أبو البصل. **عقد المقاولة والتوريد**.ص٢١.

## الفصل الثالث: تحول الأحكام في عقد التوريد

ويشمل:

المبحث الأول: مفهوم التوريد:

المطلب الأول:التوريد لغةً:

المطلب الثاني:التوريد اصطلاحاً:

المطلب الثالث: عقد التوريد في القانون:

المبحث الثاني: أوصاف عقد التوريد:

المبحث الثالث: أغراض عقد التوريد:

المبحث الرابع: التكييف الفقهي لعقد التوريد:

المبحث الخامس: تحول الأحكام في عقد التوريد:

المطلب الأول: تحول عقد التوريد إلى عقد استصناع:

المطلب الثاني : تحول عقد التوريد إلى عقد سلم:

المطلب الثالث: تحول عقد التوريد إلى عقد بيع:

المطلب الرابع: تحول عقد التوريد إلى عقد النقل



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ذكرنا سابقاً –في مبحث العقد– أن الشريعة الإسلامية سبقت التشريعات في تفصيل العقود وبيان أقسامها وخصائصها، فشرعت عقد البيع والإجارة وغيرها، وظهرت عقود جديدة اقتضتها الضرورة وشاعت بين الناس، وزادت حاجاتهم إليها، ومن هذه العقود، عقد التوريد، فهو من العقود المسماة في القوانين المدنية، إذ نظمت القوانين المدنية في أغلب الدول العربية والإسلامية أحكامه، ومما زاد من أهميته، صلته الوثيقة بالحياة العملية، إذ كثرت عقود التوريد، وتنوعت حاجة الناس إليها، كتوريد اللوازم للمستشفيات والمدارس، وكثرت الصناعات التي يحتاجها الناس، فكثر العاملون في التوريد، فكان لزاماً علينا –الباحثين في الدراسات الشرعية– أن يخوضوا غمار هذا العقد وبيان أحكامه ومدى تحول الأحكام فيه، لأن الأبحاث الفقهية في عقد التوريد محصورة عند علماء قلائل في الفقه والقانون.

## المبحث الأول: مفهوم التوريد:

### المطلب الأول:التوريد لغة:

التوريد في اللغة مصدر ورد بتشديد الراء.

قال ابن فارس: " الواو والراء والدال أصلان: أحدهما: الموافاة إلى الشيء، والثاني: لون من الألوان[١].

والتوريد مأخوذ من الفعل ورد يرد ورداً ، ووروداً له عدة معان منها: ورد بمعنى حضر وأورده واستورده أحضره[٢]، واستورد: طلب السلعة ، وجلبها من خارج البلاد[٣].

وقيل توره، واستورده كورده، وتوردت الخيل البلدة: إذا دخلتها قليلاً، قطعة قطعة[٤].

ويقال ورد البعير غيره الماء، يرده ورداً، حضر ومنه ورد الكتاب على الاستعارة[٥].

---

[١] ابن فارس. أبو الحسن أحمد. **معجم مقاييس اللغة**. كلمة رود ١٠٥٠.

[٢] الرازي. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. **مختار الصحاح**. ص٧١٦. . الجوهري. إسماعيل بين حماد. الصحاح. **تاج اللغة العربية وصحاح العربي**. ٤٦١/١.

[٣] الفيروزبادي. مجد الدين محمد بن يعقوب. **القاموس المحيط**. ١٨٦٢. مادة ورد. باب الدال. فصل الواو.

[٤] ابن منظور . أبو الفضل جلال الدين محمد بن مكرم. **لسان العرب**. ( ورد) باب الدال. فصل الواو. ٢٧٠/٩.

[٥] الفيومي. أحمد بن فارس بن علي المقري. **المصباح المنير غريب الشرح الكبير للرافعي**. دار الكتب العلمية. بيروت. ٨١٥/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن المعنى اللغوي للتوريد يكمن في العنصر الجوهري وهو عمل المورد، والمتمثل في إحضار وتقديم السلعة أو الخدمة إلى المورد له، ومن هنا جاءت التسمية، لأن السلعة الموردة أو الخدمة تكون تابعة للعمل الذي يقوم به المورد، ولهذا سمي عقد التوريد بهذا الاسم، من باب تسمية الشيء بأبرز ما فيه.

**المطلب الثاني:التوريد اصطلاحاً:**

يعتبر عقد التوريد من العقود التي لم يبحثها الفقهاء المتقدمون، ومفاد ذلك : أن المفهوم الاصطلاحي لعقد التوريد يتوقف على ما يصدر من اجتهادات معاصرة، أتت على تحديد مفهومه وفق المنظور الفقهي إلى طبيعة هذه المعاملة، فقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين تعريفه، فظهرت له تعريفات نذكر منها الآتي:

١. عرفه رفيق يونس المصري، بأنه : اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورد إلى الآخر سلفاً موصوفاً، على دفعة واحدة، أو عدة دفعات، مقابل ثمن محدد، غالباً ما يكون مقسماً على أقساط، بحيث يدفع قسط من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع[1].

٢. وعرفه حسين الجواهري: على أنه عقد بين طرفين على توريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن معين يدفع على أقساط[2].

٣. فتحية قرة عرفته بأن: العقد الذي يلتزم المورد بمقتضاه بتسليم الطرف الآ خر كميات من الأشياء موضوع التعاقد بصفة دورية ومنتظمة، خلال فترة زمنية محددة[3].

٤. السنهوري قال في عقد التوريد أنه: " عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن[4].

---

(١) المصري. رفيق يونس. **عقود التوريد والمناقصات**. بحث منشور في ملة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة ١٢. العدد ١٢. ج٢. ص٤٧٦

(٢) الجواهري. حسين. **عقود التوريد والمناقصات**. بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة ١٢. العدد١٢. ج٢. ص٤٣٢.

(٣) فتحية قرة. **أحكام عقد المقاولة**. ص ٣٨٠

(٤) السنهوري. **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. ١/١٦٧.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والملاحظ من التعريفات السابقة لم تفصح عن حقيقة التوريد المطلوب، إذ عرفوا المصطلح بنفسه، وهو من قبيل تعريف الشيء بنفسه، وهو عيب، عدا أنه لا يعتد به لعدم بيانه لحقيقة المعرف.

٥. أما عبد الوهاب أبو سليمان قال في مفهوم التوريد : أنه عقد على موصوف في الذمة يدفع جملة، أو أقساط في زمن ومكان معينين، بثمن معلوم مؤجل جلة أو أقساطاً[١].

وهذا التعريف يتفق مع التكييف الفقهي للتوريد – على ما سيأتي بيانه – وهو منسجم في الوقت نفسه مع طبيعته الحاصلة التي يقوم عليها، حيث قضى بأن عقد التوريد عقد يلتزم أحد المتعاقدين بمقتضاه تسليم شيء معين إلى الطرف الآخر، سواء كان دفعة واحدة أو بصورة دورية، أو مستمرة في فترة زمنية متفق عليها.مقابل عوض معلوم يتفق عليه[٢].

ولكن يؤخذ على هذا التعريف أنه جعل التوريد بيعا، وجعل الثمن مؤجلاً، إذ ليس من الضروري أن يكون الثمن مؤجلاً، لأنه يجوز أن يدفع مقدماً عند إبرام العقد، ويجوز أن يؤجل إلى حين تسلم الخدمة أو السلعة، ولهذا لا يكون التعريف جامعا لعناصر المعرف أو مبينا لماهيته بدقة.

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن أن نختار تعريفا للتوريد ذكره علي أبو البصل " أن التوريد عقد يلتزم به أحد طرفيه بتقديم أشياء معينة بصفة دورية أو مستمرة، لقاء بدل يلتزم به الطرف الآخر[٣].

ونلاحظ من هذا التعريف أنه حدد بوضوح التزامات المورد إليه بدفع البدل، وترك تحديد زمن دفع البدل إلى الاتفاق أو العرف.

وأشار التعريف أيضاً إلى العمل كعنصر جوهري في العقد، ويتمثل بتقديم المورد للسلعة أو الخدمة أو المادة المتفق على توريدها

---

[١] أبو سليمان. عبد الوهاب. **عقد التوريد. دراسة فقهية تحليلية**. بحث منشورة في مجلة المجمع الفقهي . الدورة ١٢. العدد ١٢. ج٢. ٢٠٠٠م ص٣٥٢.

[٢] الغنانيم. قذافي عزات. **العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية**.مرجع سابق. ص٢٠٥.

[٣] أبو البصل. علي عبد الأحمد. **عقد المقاولة والتوريد**. مرجع سابق. ص ١١٨.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأشار التعريف أيضاً إلى عنصر مهم في العقد وهو الزمن، لأن العمل يتكرر مرات مدة من الزمن، وهذا يعني أن المعقود عليه يقاس بالزمن اتفاقاً.

## المطلب الثالث: عقد التوريد في القانون المدني الأردني:

في الحقيقة لم يتطرق المشرع الأردني إلى تعريف عقد التوريد، إلا أنه ذكر في الما دة السادسة فقرة أولى /هـ من القانون التجاري الأردني " توريد المواد أعمال تجارية برية بحكم ماهيتها الذاتي [1] ".

إلا أنه من الممكن تعريف عقد التوريد بأنه العقد الذي يلتزم به المقاول بتسليم الطرف الآخر كميات من الشيء الذي حصل التعاقد بشأنه بصفة دورية ومنتظمة خلال فترة زمنية معينة، كمن يتعهد بتوريد اللحوم والخضروات إلى الجيش أو إلى إحدى المدارس أو كمن يتعهد بتوريد الفواكه إلى فندق[2].

أما القانون المصري، فقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصري، عقد التوريد في حكمها الصادرة سنة ١٩٥٢م بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، أوفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين.[3]"

وعرف أيضاً بأنه : العقد الذي يبرم بين أشخاص القانون العام، وبين إحدى الشركات، أو أحد الأفراد، يطلق عليه اسم المورد، ويكون موضوعه توريد مواد منقولة من أي نوع مقابل جعل مادي[4].

---

(١) نقابة المحامين. عمان. المكتب الفني. **مجموع قانون التجارة الأردني** ١٩٧٨م. ص١٨

(٢) علي حسن يونس. أبو زيد رضوان . **القانون التجاري** . دار الفكر العربي. ١٩٧٠. ص٨٣. سلامة . عبد الحميد أحمد السعد. **نظرية الظروف الطارئة في عقد التوريد والمقاولة في القانون الأردني**. رسالة ماجستير. الجامعة الأردنية. ١٩٩٤. ص١٠٧.

(٣) صبرة. محمود محمد علي. **ترجمة العقود الإدارية**. طبعة مركز مي للكمبيوتر. ص١٧٧.. صادق موريس . **قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية**. طبعة دار محمود للنشر والتوزيع. ص١٤ن

(٤) فوزي صلاح الدين. **قانون المناقصات والمزايدات**. سنة ١٩٨٨م . المشاكل العملية والحلول القانونية . دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية. طبعة دار النهضة العربية. ص٢٠.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه : اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين[١].

وبالمقارنة بين تعريف عقد التوريد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، نلاحظ أن بينهما تقارباًفي كثير من النقاط منها:

١. أنهما يتفقان على أن عقد التوريد عبارة عن التزام من قبل فرد أو شركة بدفع أو إعطاء شيء من الأشياء المنقولة أو القابلة للنقل إلى جهة ما، إما أن تكون دولة أو شركة أو مؤسسة أو غير ذلك ، لها صلة معنوية " شخصية اعتبارية" أو عادية.

٢. يتفقان على أنه دائماً ما تكون العين الوارد عليها العقد غير موجودة وقت التعاقد، وإنما يتفقان على تسليمها في أوقات معينة، نظير أجر معين ومحدد، غالباً ما يدفع على أقساط، أو يدفع عند تسليم الأشياء الموردة.

٣. الزمن يمثل عنصراً أساسياً ومهما في عقد التوريد، سواء بالنسبة للمورد أو للمورد له، أو للشيء المتفق على توريده، أو للثمن الذي يدفع في مقابل التوريد[٢].

## المبحث الثاني: أوصاف عقد التوريد:

يظهر لنا من خلال التعريفات السابقة أوصاف عقد التوريد، نذكر منها:

١. أنه عقد رضائي: يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين.

٢. أن عقد التوريد من عقود المعاوضات المالية التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطى، فيأخذ المورد له أصنافاً – سلعاً، مواداً – محددة الأوصاف والمقادير، ويأخذ المورد ثمناً محدداً.

٣. أنه عقد محدد يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد، القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى، حتى لو كان القدران غير متعادلين، وإنما يكتفي شرعاً بمقاربة التساوي بين العوضين، منعاً للغبن الفاحش، وهذا

---

(١) أحمد شويدح. عاطف أبو هديب. **عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعصرة. " رؤية شرعية "** بحث مقدم إلى مؤتمر الإسلام والتحديات المعاصرة المنعقد في الجامعة الإسلامية. الرياض. ٢٠٠٧م. ص٤٠.

(٢) أنظر عثمان . عبد الحكيم. **عقد التوريد.** ص١٠١. دراغمة. **عقد التوريد في الفقه الإسلامي.** ص١١. على حسن يونس. أبو زيد رضوان . **القانون التجاري.** دار الفكر العربي. ١٩٧٠م. ص٨٣. أبو البصل. **عقد التوريد والمقاولة.** ص١١٨.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بخلاف عقود الغرر، حيث لا يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد ، القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى،ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول، أو غير معروف وقت حصوله.

٤. يرد عقد التوريد – غالباً – على أشياء غير موجودة و قت التعاقد، وإنما توصف وتحدد وفق ضوابط معينة، وتدفع إلى الجهة الطالبة، إما جملة واحدة، أو مقسطة على دفعات في زمن ومكان معينين ومحددين

٥. عقد التوريد من العقود التي لا يمكن تنفيذها فور إنشائها، بل تقتضي زمناً تتم فيه، فيكون من العقود التي يحتل الزمن فيها مكاناً وعنصراً جوهرياً [١].

## المبحث الثالث: أغراض عقد التوريد:

يرمي المشتري في عقد التوريد إلى ضمان حصوله على المواد أو السلع المطلوبة، في الآجال المتفق عليها، للاستفادة منها في أعمال تجارية أو صناعية أو زراعية أو خدمية.

وهو بذلك يقلل من نفقات التخزين، ومخاطره، بالنسبة للسلع أو المواد السريعة التلف، أو ذات المدة المحددة بسبب عمرها أو موضتها، أو التي يراد أن تكون طازجة قدر الإمكان.

ويرمي البائع في عقد التوريد، إلى تلبية طلبات هؤلاء المشترين، من طريق الأعمال التجارية الهادفة إلى الربح، وهو بذلك يقلل من كساد بضاعته لأنه ينتجها بعد أن يتعاقد عليها[٢].

وإذا كان الثمن محدداً سلفاً، عند العقد، فإن المشتري يعرف مسبقاً ثمن الشراء، ويحدد تكاليف وأثمان منتجاته، والبائع يعرف مسبقاً ثمن البيع، ويحدد إيراداته.

---

(١) أنظر . عبد الحكيم أحمد محمد. **عقد التوريد وتكييفه في الميزان الفقهي المقارن**. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. ط١. ٢٠٠٧م. ص٩٥ وما بعدها. أبو البصل. **عقد المقاولة والتوريد**. مرجع سابق. ص٩٥ وما بعدها. سلامة. **نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاولة**. مرجع سابق . ص١٠٧. أبو سليمان. **عقد التوريد**. مرجع سابق. ص٣٤٩. دراغمة. نمر صالح محمود . عقد **التوريد في الفقه الإسلامي. دارسة مقارنة**. رسالة ماجستير. جامعة النجاح الوطنية. ٢٠٠٤م. ص١٤.

(٢) الجواهري. حسين. **عقد التوريد والمناقصات**. مرجع سابق. ص٤٧٨. أبو سليمان. **عقد التوريد**. ص٣٤٩. شويدح. أبو هديب. **عقد التوريد في ضوء التحديات المعاصرة**. مرجع سابق. ص٤١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما إذا كان الثمن حسب السوق، فإن فائدة العقد تقتصر على اطمئنان كل من البائع والمشتري إلى مطلوبه، في الآجال المضروبة[1].

### المبحث الرابع: التكييف الفقهي لعقد التوريد:

عقد التوريد من العقود المعاصرة – كما أشير إلى ذلك سابقاً – وهو من العقود التي أنتجها التطور في باب المعاملات المالية بين الناس لسد الحاجات المختلفة بهم، وبسبب حداثة هذا العقد من حيث صوره ومسماه، اختلفت الآراء في مشروعية عقد التوريد، فمن الآراء من اعتبرت عقد التوريد من العقود الباطلة. ومنهم من اعتبر عقد التوريد من ضرورات المعاملات المالية المعاصرة، فالذين اعبروه عقداً باطلاً – كالجصاص وابن رشد وابن القيم– فقد استدلوا بما يأتي:

١. أن المانع من صحة عقد التوريد هو اعتباره " **بيع الدين بالدين**" وقد ورد النهي عن هذا البيع[2].
٢. وأيضا استدلوا ببطلان عقد التوريد بحديث النبي صلى الله عليه وسلم :"**أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ**"[3]
٣. واستدلوا أيضا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : "**نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندك**"[4]

ووجه الاستدلال بالنصوص السابقة، هو أنه جعل بعض العلماء كالجصاص يرى أن كل معاملة وجدت بين اثنين وكانت نسيئة من الطرفين غير مشروعة، لأنه يعتبر من بيع الدين بالدين[5].

---

(١) الجواهري. حسين. **عقد التوريد والمناقصات**. مرجع سابق ص٤٧٨. أبو سليمان. **عقد التوريد**. ص٣٤٩. شويدح. أبو هديب. **عقد التوريد في ضوء التحديات المعاصرة**. مرجع سابق. ص٤١.

(٢) **رواه البيهقي**:٥/٢٩٠ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين.حديث رقم ١٠٣١٨

(٣) **رواه البيهقي**:٥/٢٩٠ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين.حديث رقم ١٠٣١٦.

(٤) **رواه الترمذي**.محمد بن عيسى الترمذي السلمي.ت٢٧٩هـ. دار إحياء التراث العري. بيروت. تحقيق أحمد محمود شاكر وآخرون. واللفظ له ٥٣٤/٣. **ورواه البيهقي**. حديث رقم. ١٠٤٦٤. ٣١٣/٥

(٥) الجصاص. **أحكام القرآن**. مرجع سابق. ١٩٨٤م . ١٨٦/٢.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ونقل ابن المنذر الإجماع على عدم جواز بيع الدين بالدين[1].وذكر ذلك أيضاً ابن رشد حيث قال: " فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا في العين ولا في الذمة، لأنه الدين بالدين المنهي عنه[2].

ويرى ابن تيمية وابن القيم أن بيع الدين بالدين لا يعود بالنفع على المتعاقدين لانشغال ذمة كل منهما من غير فائدة [3].

أما الرأي الآخر – المجيزون لعقد التوريد – فاعتبروا التوريد ضرورة من ضرورات المعاملات، حيث أن الدول المحتاجة إلى كمية من النفط لفصل الشتاء، وتريد أن تشتري هذه الكمية لا تكون مستعدة لقبولها مرة واحدة، حيث لا توجد عندها المخازن الكافية لحفظها، كما أن الدول نفسها لا تملك تلك الكمية الهائلة من الثمن لتقدمه إلى الدولة المصدرة، وكذلك الأمر في الدول المحتاجة إلى تأمين غذاء جيشها في حالة الحرب لمدة ستة أشهر، فهي ليست بحاجة إلى الخبز الكثير مرة واحدة، بل تحتاج إلى قسم منه كل يوم، وليس لديها المال الكافي لتقديمه مرة واحدة، بل يقدم الثمن على أقساط تشابه استلام الخبز مثلاً . وهكذا صار عقد التوريد حاجة ماسة في هذا العالم[4].

ومن الفقهاء المعاصرين من أجاز هذا العقد. منهم:

١. عبد السميع إمام، فقد قال: نرى أن قواعد الشرع لا تأبى جواز أمثال هذه البيوع.........)[5]
٢. مصطفى الزرقا قال: " عقد التوريد صحيح شرعاً كما هو صحيح قانوناً، ويشبه إلى حد كبير بيع الإستجرار [6]، الذي نص عليه الحنفية، كما أنه أولى بالصحة من البيع بما ينقطع عليه السعر الذي صححه الحنابلة، مع أن فيه كمية محددة التوريد، كما أنه أصبح متعارفاً، ولا يخفى أن عقد التوريد قد أصبح فيه عرف شامل لا سيما بعد أن قررته القوانين."[7]

---

(١) ابن المنذر ت٣١٨هـ. **الإجماع يتضمن المسائل الفقهية المتفق عليها عند أكثر العلماء المسلمين**. تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد.ط١.١٩٨١م دار مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشئون الدينية. ص٩٢.

(٢) ابن المنذر. **الإجماع**. طبعة ١٩٨١م . ص٩٢

(٣) ابن تيمية.**الفتاوى** مرجع سابق. ٤٧٢/٢٩

(٤) دراغمة. **عقد التوريد في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق. ص٤٣. أبو سليمان. **عقد التوريد** . مرجع سابق. ص٣٤٦. الجواهري. **عقد التوريد والمناقصات**. مرجع سابق. ص٤٣٢.

(٥) عبد السميع إمام. . **نظرات في أصول البيوع الممنوعة**. دار الطباعة المحمدية. ص٧٠.

٦ **بيع الإستجرار**: هو أخذ الحوائج من البياع شيئاً فشيئاً، ودفع ثمنها بعد ذلك، ومن صورها أيضاً : أن يأخذ الإنسان من البياع ما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً مما يستهلك عادة، كالخبز والملح والزيت والعدس ونحوها، ثم يشتريها بعد استهلاكها . أنظر **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، مرجع سابق، ٤٣/٩.

(٧) الزرقا. مصطفى أحمد. **فتاوى الزرقا**. بعناية مجد مكي. وتقديم يوسف القرضاوي. دار القلم. دمشق. ١٩٩٩. ص٤٨٧-٤٨٨.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣. الصديق الضرير قال: " دعوى عدم الفائدة في ابتداءً الدين بالدين غير مسلمة، فإن المشتري يصبح بالعقد مالكاً للمبيع، والبائع يصبح مالكا للثمن، وكون التسليم يتأخر إلى أمد لا يذهب بفائدة العقد، ثم إن العاقل لا يقدم على عقد لا مصلحة له فيه، فلو لم يكن للمتعاقدين غرض صحيح في ابتداءً الدين بالدين لما أقدما عليه، والغرض الصحيح في هذا العقد متصور، فقد يعمد التجار لهذا النوع من البيع لضمان تعريف بضائعهم"[1].ويقصد التوريد.

٤. أما محمد تقي عثمان فقد كان له رأي في عقد التوريد بأن قال:

- إذا كان محل التوريد شيئاً يقتضي صناعة، فإنه لا يكون عقداً باتاً، وإنما يكون مواعدة لإنجاز العقد في تاريخ لاحق، ثم يتم العقد في حينه بإيجاب وقبول.
- يجوز أن تجعل هذه المواعدة ملزمة للطرفين للحاجة العامة.
- إن أثر إلزام هذه المواعدة، أن يجبر كل واحد من الطرفين على إنجاز وعده من قبل الحاكم، إن امتنع أحد منهما عن الوفاء بوعده، وتضرر به الآخر ضرراً فعلياً، فإن المتخلف يعوضه عن الضرر الفعلي الحقيقي.
- يجوز أن يطالب الواعد بالبيع ممن وعد بالشراء مبلغاً لضمان جديته، وأن هذا المبلغ ليس عربوناً، ولكنه أمانة بيد الواعد بالبيع، إن خلطه بماله أو تصرف فيه صار ضامناًله[2].

## المبحث الخامس: تحول الأحكام في عقد التوريد:

يتبين مما سبق أن عقد التوريد هو " عقد يلتزم به أحد طرفيه بتقديم أشياء معينة بصفة دورية أو مستمرة، لقاء بدل يلتزم به الطرف الآخر.

وأن هذا العقد له شروطه وأحكامه الخاصة التي يتميز بها عن باقي العقود، فإذا ابرم العقد بشروطه وأغراضه وأوصافه، تعلق به أحكام عقد التوريد السالفة الذكر.

---

[1] الضرير. الصديق. **الغرر وأثره في العقود**. ١٣٨٦هـ. ص٣١٦.

[2] عثمان. محمد تقي. **عقد التوريد والمناقصات**. مرجع سابق. ص٣٢٠-٣٢١.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولكن قد يختل أي شرط من شروطه عند إبرام العقد، أو يضاف شرط ليس من شروط عقد التوريد، فهذا مما قد يحول ه إلى عقد آخر، وسأذكر بعض الأمثلة على ذلك.

### المطلب الأول: تحول عقد التوريد إلى عقد استصناع:

إن موضوع عقد التوريد يتسع ليشمل أموراً كثيرة، أهمها:

١. يتميز عقد التوريد بأن موضوعه هو أموال منقولة، أي توريد أشياء منقولة فقط[١].

٢. والتوريد بهذا المعنى يرد أساساً على أشياء مادية سواء بقصد استهلاكها كتوريد الأغذية والمأكولات إلى مستشفيات أو المدارس، وتوريد المواد الأولية للمصانع[٢].

٣. وقد يرد عقد التوريد على خدمات، مثال ذلك توليد الكهرباء أو الغاز أو المياه للمنازل والمكاتب، والمحال التجارية[٣].

يقول أبو سليمان : إن موضوع عقد التوريد يتسع ليشمل عموم السلع الغذائية والدوائية،والصناعية من الأثاث والملبوسات، والأدوات والآلات والمواد الأولية وغيرها من المتطلبات الضرورية، والحاج ية والكمالية الموجودة أعيانها، المملوكة لبائعيها أو ما يكون للبائع القدرة على إحضارها إلى الزمان والمكان المعنيين[٤].

فإذا أبرم عقد التوريد على إنشاء عقار مثلاً ، تحول هذا العقد من عقد توريد إلى عقد استصناع، لأنه فقد شرطاً من شروط عقد التوريد،وهو اختصاصه بالمنقولات.

---

(١) الظاهر. خالد خليل. **القانون الإداري**. دراسة مقارنة. الكتاب الثاني. دار الميسرة للنشر والتوزيع. عمان. ط١. ١٩٩٧م. ص٢٥٣. عثمان. عبد الحكيم أحمد. **عقد التوريد وتكييفه**. مرجع سابق. ص١٩٢.

(٢) دراغمة. نمر صالح. **عقد التوريد في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق. ص١٨

(٣) القاضي. محمد السيد. مبادئ **القانون التجاري**. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. ص٩٤-٩٥.

(٤) أبو سليمان. عبد الوهاب إبراهيم. **عقد التوريد**. مرجع سابق. ص٣٤٨.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأيضا قال محمد تقي عثمان أنه إذا كان محل التوريد شيء يقتضي صناعة، نحو صناعة ملابس أو سلع غذ ائية أو أسلحة فإنه يحول إلى عقد استصناع، ويكون عقد باتا وتجري عليه أحكام الاستصناع[1].

وهذا ما ذهب إليه قرار: ١٠٧ (١٢/١) لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض، عام ٢٠٠٠م.

## المطلب الثاني : تحول عقد التوريد إلى عقد سلم:

وقد ذهب إلى ذلك مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم ١٠٧(١٢/١) أنه في عقد التوريد إذا جعل المستورد ثمن السلعة الموردة كاملة عند العقد، فإن هذا العقد يتحول ويأخذ حكم السلم[2].

## المطلب الثالث: تحول عقد التوريد إلى عقد بيع:

وهذا ما ذهب إليه قانون التجارة الأردني، حيث يعتبر من أهم خصائص عقد التوريد أنه صورة من صور عقد المدة — العقد الزمني — ويسمى بالعقد الدوري التنفيذ، وهو عقد يتفق أحد طرفيه مع الآخر أن يقدم له بصفة دورية منتظمة طيلة مدة معينة شيئاً أو كماً معيناً[3].

أما إذا أنشأ عقد التوريد ا لتزامات يمكن تنفيذها في لحظة، فإنه يخرج عن كونه من عقود المدة ويحول إلى عقود الفورية كعقد البيع مثلاً.

## المطلب الرابع: تحول عقد التوريد إلى عقد النقل:

ذكرنا سالفاً أن موضوع عقد التوريد هو أموال منقولة فقط، فإذا كان موضوع عقد التوريد وسائط نقل ، كأن يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة لحساب فرد أو شركة أو وضع وسائط نقل لصاحبها أو تحت تصرفه، فإن هذا العقد يتحول إلى عقد نقل وتجري عليه أحكام عقد النقل[4].

---

[1] عثمان. محمد تقي . **عقد التوريد**. ص٣٢٠.

[2] **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**.الدورة الثانية عشرة. العدد الثاني عشر. الجزء الثاني.٢٠٠٠م ٥٧٢/٢.

[3] سلامة. عبد الحميد السع. **نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاولة في القانون الأردني**. ص١٠٨.

[4] الظاهر. خالد خليل. **القانون الإداري**. دراسة مقارنة. الكتاب الثاني. ص٢٥٣.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## الخاتمة:

وفيما يلي أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث:

١. من خلال ما سبق يتبين لنا أن جمهور الفقهاء قد أخذوا بمبدأ تحول الأحكام، ولكن بين مكثر ومقل، فنجد الحنفية قد أكثروا من تطبيق قاعدة تحول الأحكام ، وأيضا المالكية والحنابلة قد أكثروا بالأخذ في هذه القاعدة، عملاً بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، أما الشافعية، على الرغم بأخذهم بهذه القاعدة إلا أنهم في كثير من الأحيان كانوا يغلبون الألفاظ على المعاني، ومن الأمثلة على ذلك: لو قال رجل لآخر: اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم، فقال : بعتك ، فللشافعية رأيان، الراجح أنه بيع اعتبار للفظ، والرأي الآخر أنه سلم اعتباراً للمعنى.

٢. القانون المدني الأردني لم يورد في نصوصه مادة خاصة في تحول العقد، إلا أنه قد دلت كثير من نصوص القانون على الأخذ بقاعدة تحول العقد.

٣. المقصود بتحول العقد: هو أن التصرف الباطل يتحول إلى تصرف آخر صحيح، وذلك إذا أمكن افتراض أن المتعاقدين كانا يريدان هذا التصرف.

٤. يتحول عقد البيع إلى عقد رهن في حالة إذا قال البائع للمشتري : بعتك هذا العين بكذا، على أني متى دفعت لك الثمن تدفع إلي الثمن. فهذا يكون رهن وتجري عليه أحكام الرهن، وليس ببيع.

٥. يتحول عقد البيع إلى عقد إقالة في حالة أن يقول البائع للمشتري : بعني المال الذي اشتريته مني بكذا قرشاً، فيبيعه المشتري ذلك، ويقبل البائع، فيبيع المشتري المبيع للبائع قبل قبضه، بمثل الثمن الأول

٦. الإجارة المنتهية بالتمليك هي عقد بيع لا عقد إجارة، عند أهل القانون، وتجري عليها أحكام البيع لا أحكام الإجارة، وتسمى الإيجار الساتر للبيع.

٧. التنازل عن الثمار والحاصلات بعوض، هو عقد بيع في القانون المدني الأردني، وليس عقد إجارة كما ذهب إلى ذلك القانون المدني المصري.

٨. تتحول الإجارة إلى سلم في حالة إذا كانت الإجارة واقعة على الذمة، نحو شراء تذاكر الطيران، فهذا يكون سلماً وليس إجارة، لاشتمالها على أحكام السلم.

٩. في عقد المضاربة إذا شرط المتعاقدان أن الربح كله للمضارب –العامل– كان لمال قرضاً، أي يتحول



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

عقد المضاربة إلى عقد قرض، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ورأي عند الحنابلة، وأما الشافعية فقالوا : بل هو مضاربة فاسدة.

١٠. يتحول عقد المضاربة إلى عقد إبضاع إذا شرط جميع الربح لرب المال، وهذا ما ذهب إليه الحنفية وقول للشافعية ورأي للحنابلة، أما المالكية فقد قالوا أنه هبة.

١١. يتحول عقد المضاربة إلى عقد إجارة في حالة فساد عقد المضاربة، وهذا قول جمهور الفقهاء.

١٢. يتحول عقد المضاربة إلى عقد شركة بعد حصول الربح، لأن المضاربة يبرم بين طرفين يتعهد أحدهما بدفع المال للتجارة، ويتعهد الآخر بالعمل فيه، فإذا حصل الربح صارا شريكين فيه، بقدر النسبة المتفق عليها.

١٣. يتحول عقد المضاربة إلى عقد وكالة، إذا تصرف العامل في مال المضاربة، لأنه تصرف في مال غيره بأمره.

١٤. يتحول عقد الهبة إلى عقد بيع، إذا كانت الهبة بشرط العوض، وكان العوض معلوماً ، نحو أن يقول : وهبت لك هذا الثوب على أن تعوضني هذا المقعد، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

١٥. أما القانون المدني الأردني فإنه لم يصرح بتحول عقد الهبة بعوض إلى بيع، ولكنه أثبت لها أحكام البيع.

١٦. يتحول عقد السلم إلى عقد بيع، إذا كان المسلم فيه عينا، وهذا ما ذهب إليه الشافعية، أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أن السلم إذا كان عيناً بطل العقد.

١٧. يتحول عقد البيع إلى سلم إذا كان العقد بلفظ البيع، ولكن بشروط السلم، نحو أن يقول شخص لآخر: بعتك عشرة أوسق قمحاً أول الشهر بألف درهم حالة . وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة.

أما زفر وابن حزم: ذهبوا إلى بطلان هذا العقد، لأن السلم لا ينعقد إلا بلفظ السلم، وللشافعية رأي أنه بيع.

١٨. يتحول عقد السلم إلى بيع إذا كان عقارا، كبيت أو أرض، لأن من شروط السلم أن يكون دينا موصوفاً في الذمة.

١٩. يتحول عقد الاستصناع إلى سلم في حالتين:

١. لو ضرب الاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع، كالثياب ونحوها.

٢. لو ضرب للاستصناع أجل أكثر من شهر..



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢٠. القانون المدني الأردني لم يفرق بين الاستصناع والسلم من حيث اشتراط المدة، فلا يوجد تحول بين الاستصناع والسلم في القانون المدني الأردني.

٢١. يتحول الاستصناع إلى إجارة في حالة كون المادة من المستصنع، نحو أن يسلم المستصنع الحديد إلى الحداد، ويقول له: اصنع لي بابا.

٢٢. الاستصناع هو عبارة عن مواعدة، وينعقد بيعاً عند الفراغ من العمل.

٢٣. يتحول عقد المقاولة إلى بيع في حالة إذا تعهد المقاول ببناء مترل –مثلاً- ثم يقوم بنقل الملكية إلى الطرف الآخر.

٢٤. يتحول عقد المقاولة إلى عقد إجارة في حالة كون عقد المقاولة قائم على المنافع كمن يتفق شخص مع شركة نقل أن تضع إحدى سياراتها مع سائقها ليستخدمها مدة معينة أو للقيام برحلة معينة

٢٥. يتحول عقد المقاولة إلى عقد عمل في حالة كون المقاول تحت إرادة وإشراف صاحب العمل.

٢٦. يتحول عقد التوريد إلى عقد استصناع في حالة كون العقد قائم ا على عقار لاختصاص عقد التوريد بالمنقولات فقط.

٢٧. يتحول عقد التوريد إلى عقد سلم في حالة تعجيل ثمن السلعة كاملة في مجلس العقد

٢٨. يتحول عقد التوريد ،إلى عقد بيع في حالة تنفيذ العقد في مجلس العقد، استلاماً وتسليماً، لأن التوريد من عقود المدة.

٢٩. يتحول عقد التوريد إلى عقد نقل في حالة كون موضوع العقد وسائط نقل، كأن يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة لحساب فرد أو شركة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

Thesis Summary
Executive Summary

**Alteration of rules principles in commutative contracts**

" Comparative contracts in Islamic and the Jordanian Civil Law"

***Prepared By : Mohammad Fawzi Abdullah Alhader***
***Supervised By: Prof. Mahmoud Ibrahim Al-Khatib***

This study addressed the transition of the provisions in the contracts of financial trade-offs. It is a practical study examining the most important trade-offs of financial contracts in Islamic Shariaa comparing to those in the Jordanian Civil Law. The study is divided into three main chapters including the following:

inclusive of three sections: ،**Chapter I**:It is a preliminary chapter

،**First Section**: outlines three topics:the concept of language transition in terminology and the Fiqh ،the position of scholars of transition comparing to the Jordanian civil law prenciples used as an evidence on the Transition.

**Second Section**: explains the concept of contract: including: the meaning of contract and ، the subdivisions of contracts، the elements of the contract،in terminology language the difference between contracts of trade-offs and contracts of voluntary aid.

and the difference ،**Third Section**: demonstrates the concept of trade-offs and its divisions between the financial and non-financial trade-offs contracts.

**Chapter II:** deals with the ownership contracts: It includes three sections:

the ، the concept of Al mudaraba contract،**First Section:** explains the following six topics the legitimacy and the ،position of the Jordanian Civil Law of Al mudaraba contract the extent of the transition provisions in the contract of ،elements of Al mudaraba contract Al mudaraba and its effects.

**Second Section**: outlines four topics with respect to the Heba contract (Gift contract). the the position of the Jordanian Civil Law towards ، the elements of Heba،concept of Heba and the extent to which the transition provisions in the Heba contract ،the Heba contract comparing to the Jordanian Civil Law.

the ،**Third Section**: Concerning with seven topics related to the Salam contract of which: the ، the description of Salam، the legitimacy of Salam contract،concept of Salam contract and the extent to which Salam contract could be changed to other ،elements of Salam contracts.

**Chapter III:** Concerning with the contracts of employment: This chapter includes three sections:

which is divided into nine topics of ،**First Section**: examines the Istisna'a contract the ، the aim of Istisna'a، the legitimacy of Istisna'a،which: the concept of Istisna'a



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

relationship of Istisna'a with other contracts and the extent to which the transition provisions of Istisna'a comparing to the Civil Law of Jordan.

it includes four topics: ،**Second Section**: Deals with the contracting (Muqawelah Contract) the convenient of contracting and ، the legitimacy of contracting،the concept of contracting and the extent of its transition provision comparing to ،its distinguish from other contracts the civil law of Jordan.

**Third Section**: investigates the Supply contract: This section includes six topics: the most the description of Supply and the way of its ،important of which: the concept of supply and the extent of its provision transition ، the Fiqh position of supply contract،function comparing with the civil law of Jordan.

The final part demonstrates the most important findings of the study.

God bless

Student: Mohammed Alhader

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## الفهارس:



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# فهرست الآيات القرآنية

| الرقم | الآية | السورة | رقم الآية | الصفحة |
|---|---|---|---|---|
| .١ | [illegible] | الكهف | ١٠٨ | ١١ |
| .٢ | [illegible] | المائدة | ٨٩ | ٢٣ |
| .٣ | [illegible] | المائدة | ١ | ٢٤<br>٢٩<br>٣٠<br>١٧١ |
| .٤ | [illegible] | النحل | ٩١ | ٣٠ |
| .٥ | [illegible] | يوسف | ٢٠ | ٤٧ |
| .٦ | [illegible] | العنكبوت | ٢٧ | ٧١ |
| .٧ | [illegible] | الطلاق | ٦ | ٧٣ |
| .٨ | [illegible] | البقرة | ٢٣٣ | ٧٣ |
| .٩ | [illegible] | القصص | ٢٦ | ٧٤ |
| .١٠ | [illegible] | النساء | ١٠١ | ٩٣ |

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | [illegible] | | | |
| .١١ | [illegible] | المزمل | ٢٠ | ٩٦<br>٩٨ |
| .١٢ | [illegible] | الجمعة | ١٠ | ٩٨ |
| .١٣ | [illegible] | ص | ٣٠ | ١١٣ |
| .١٤ | [illegible] | ص | ٣٥ | ١١٣ |
| .١٥ | [illegible] | البقرة | ٢٧٥ | ١٣٤<br>١٧١ |
| .١٦ | [illegible] | البقرة | ٢٨٢ | ١٣٤<br>١٣٥ |
| .١٧ | [illegible] | طه | ٦٩ | ١٤٦ |
| .١٨ | [illegible] | هود | ٣٨ | ١٤٦ |
| .١٩ | [illegible] | النمل | ٨٨ | ١٤٦ |

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# فهرست الأحاديث

| الرقم | نص الحديث | تخريج الحديث | رقم الصفحة |
|---|---|---|---|
| ١. | **من أحال دخل الجنة** | لم أجده في كتب الحديث والتخريج | ١١ |
| ٢. | **" إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير".** | أخرجه مسلم واللفظ له . ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي.حديث رقم:١٥٨١ . ١٢٠٧/٣. والبخاري . حديث ٢١٢١. ٧٧٩/٢. | ٢٤ |
| ٣. | **لا تبع ما ليس عندك"** | أخرجه الترمذي.واللفظ له.حديث رقم:١٢٣٢. ٥٣٤/٣. وأخرجه البيهقي. حديث رقم. ١٠٤٦٤. ٣١٣/٥. | ٣٤ |
| ٤. | **لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر "** | أخرجه البخاري.في كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم . حديث رقم: ٢٠٤١. ٧٥٥/٢. | ٣٩ |
| ٥. | **لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبع على بيع أخيه"** | أخرجه البخاري. محمد بن إسماعيل. أبو عبد البخاري. دار ابن كثير. ط٣.بيروت. تحقيق مصطفى البغا. ١٩٧٥/٥. حديث رقم. ٤٨٤٨. واللفظ له. ومسلم. مسلم بن حجاج النيسابوري. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي. ١٠٢٩/٢. حديث رقم. ١٤٠٨. | ٤٨ |
| ٦. | **واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الديل، ثم من بني عبد بن عدي هاديا خريتاً – والخريت: الماهر في الهداية...."** | أخرجه البخاري. باب استئجار المشركين. ثم الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام. وعامل النبي صلى الله عليه وسلم زفر خيبر. حديث رقم.٢١٤٤. ترقم مصطفى البغا. ٧٩٠/٢. | ٧٤ |
| ٧. | **"ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره، ورجل أعطى بصفقة يمينه ثم غدر"** | أخرجه البخاري. باب إثم من منع أجر الأجير. في الحديث رقم. ٢١٥٠. ترقيم مصطفى البغا. ٧٩٢/٢. | ٧٤ |
| ٨. | **كان العباس بن عبد المطلب – رضي الله عنه- إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به** | الهيثمي.علي بن أبي بكر.ت٨٠٧هـ.مجمع الزوائد .دار الريان للتراث. القاهرة.١٤٠٧هـ . | ٩٩ |

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

| | | | |
|---|---|---|---|
| | **وادياً،ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأجازه** | باب المضاربة وشروطها. ١٦١/٤. فيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب | |
| .٩ | **ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقايضة، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع".** | أخرجه ابن ماجة. محمد بن يزيد. أبو عبد الله القزويني. ت٢٧٥هـ. دار الفكر. بيروت. تحقيق. محمد فؤاد عبد الباقي. باب الشركة والمضاربة.حديث رقم: ٢٢٨٩ . ٧٦٨/٢. | ٩٩ |
| .١٠ | **لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً أَوْ يَهَبُ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلاَّ الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِيَ وَلَدَهُ "** | محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري. ت٤٠٥هـ ،المستدرك على الصحيحين. دار الكتب العلمية. بيروت. ١٩٩٠م. ط١. تحقيق مصطفى عبد القادر عطا. واللفظ له. حديث رقم: ٢٢٩٨. ٥٣/٢. وأخرجه البيهقي. ١١٧٩١ | ١٢١ |
| .١١ | **الواهب أحق بهبته ما لم يثب فيها"** | أخرجه البيهقي واللفظ له.رقم: ١١٨٠٤. ١٨١/٦. وأخرجه ابن ماجة. ٧٩٨/٢. حديث رقم:٢٣٨٧. | ١٢١ |
| .١٢ | **وروي عن محمد بن أبي المجالد قال: أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزي وعبد الله بن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف؟ فقالا: كنا نصيب الغنائم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكان يأتينا أنباط من الشام، فيسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب، فقلت، أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع قال: ما كنا نسألهم عن ذلك.** | أخرجه البخاري. باب الرهن في السلم.حديث رقم: ٢١٣٦. ٧٨٤/٢ | ١٣٦ |
| .١٣ | **أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم"** | الزيلعي. عبد الله . نصب الراية لأحاديث الهداية. ٤٥/٤. | ١٣٦ |
| .١٤ | **ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قدم المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاثة. فقال عليه الصلاة والسلام.: " من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم."** | أخرجه مسلم.رقم:١٦٠٤ واللفظ له.١٢٢٦/٣.باب السلم. وأخرجه البخاري. حديث رقم. ٢١٢٥ ٧٨١/٢ | ١٣٧ |
| .١٥ | **نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ"** | أخرجه البيهقي:٢٩٠/٥ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين.حديث رقم ١٠٣١٦ | ١٨٥ |



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

| ١٦. | أنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ وَكَانَ يَلْبَسُهُ فَيَجْعَلُ فَصَّهُ فِي بَاطِنِ كَفِّهِ فَصَنَعَ النَّاسُ خَوَاتِيمَ ثُمَّ إِنَّهُ جَلَسَ عَلَى الْمِنْبَرِ فَنَزَعَهُ فَقَالَ إِنِّي كُنْتُ أَلْبَسُ هَذَا الْخَاتِمَ وَأَجْعَلُ فَصَّهُ مِنْ دَاخِلٍ فَرَمَى بِهِ ثُمَّ قَالَ وَاللَّهِ لَا أَلْبَسُهُ أَبَدًا فَنَبَذَ النَّاسُ خَوَاتِيمَهُمْ | أخرجه البخاري. باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه. حديث رقم (٥٥٣٨) ٢٢٠٥/٥. وأخرجه مسلم: باب تحريم خاتم الذهب على الرجال. ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام. حديث رقم (٢٠٩١) ١٦٥٦/٣ | ١٤٧، ١٥٢ |
|---|---|---|---|
| ١٧. | عن ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره واستعط | أخرجه البخاري.حديث رقم ٥٣٦٧. باب السعوط ٢١٥٤/٥ واللفظ له. ومسلم. رقم١٢٠٢.٤/١٧٣١ | ١٥٢ |
| ١٨. | أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة امرأة قد سماه‍ا سهل مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته فعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعت ها هنا | أخرجه البخاري. باب الجلوس على المنبر عند التأذين٣١٠/١رقم: ٨٧٥ | ١٥٣ |
| ١٩. | عنهما أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله هل لا تجعل لك شيئا تقعد عليه، فإن لي غلاما نجارا، قال: إن شئت، فعملت له المنبر | أخرجه البخاري.حديث رقم: ٨٧٥. ٣١٠/١باب الجلوس على المنبر ثم التأذين | ١٧٢ |



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# فهرست الأعلام

| الرقم | اسم العالم | رقم الصفحة |
|---|---|---|
| ١٥. | **ابن القيم**: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أ[ي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي. الدمشقي. الحنبلي. المعروف بابن القيم الجوزية. ولد بدمشق وتفقه بشيخ الإسلام ابن تيمية. ولد سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ | ١٠٨ |
| ١٤. | **ابن تيمية**: هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله الدمشقي الحنبلي. شيخ الإسلام. ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق. وطلب إلى مصر من أجل فتوى أفتى بها. فقصدها. وانتقل إلى الإسكندرية. ثم أعيد إلى دمشق واعتقل بها. ومات معتقلا بقلعة دمشق. كان كثير البحث في فنون الحكمة. أفتى ودرس وهو دون العشرين. أهم كتبه. الفتاوى. السياسة الشرعية. الإيمان. وغيرها الكثير عاش ما بين(٦٦١-٧٢٨هـ). | ١٠٨ |
| ٨. | **ابن حزم**. الإمام المجتهد. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم. أبو محمد الأندلسي الظاهري. إمام من أئمة الظاهرية. ولد بقرطبة. سنة ٣٧٤هـ وتوفي سنة ٤٥٦هـ. | ٦٤ |
| ١. | **ابن رجب الحنبلي**: هو الحافظ أبو فرج. عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي. ولد سنة ٧٠٦هـ. في بغداد. كان محدثا وفقيها وأصوليا. توفي سنة ٧٩٥هـ. من مصنفاته شرح جامع الترمذي. الاستخراج لأحكام الخراج | ١٣ |
| ١٠. | **ابن رشد**: هو أبو الوليد. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي. الإمام العلامة. شيخ المالكية. كان فقيهاً عالماً. حافظا للفقه. من تصانيفه: مناهج الأدلة في الأصول. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. وغيرها. توفي سنة ٥٢٥هـ | ٧٥ |
| ١٢. | **ابن عابدين**: هو الإمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين. الدمشقي. الحنفي. فقيه. أصولي. ولد بدمشق سنة ١١٩٨هـ وتوفي بها سنة ١٢٥٢هـ. وله تصانيف كثيرة | ٩٤ |
| ٩. | **ابن فارس**: هو أبو الحسين. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي. وصفه الذهبي بأنه رأس في الأدب. كان فقيها شافعيا. فصار مالكيا. ولد سنة ٣٢٩ هـ. في قزوين. له مصنفات ورسائل منها. معجم مقاييس اللغة. جامع البيان في تفسير القرآن. توفي في سنة ٣٩٥هـ | ٧١ |
| ١١. | **ابن قدامة**: هو أبو محمد. موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. الجماعيلي المقدسي. الدمشقي. الحنبلي. كان فقيهاً حافظاً للحدين. له تصانيف منها. المغني. الكافي. العمدة. روضة الناظر. وغيرها. توفي سنة ٦٤٠هـ | ٧٥ |
| ٢. | **ابن قدامة**: هو موفق الدين: أبو محمد. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام المقدسي. الدمشقي الحنبلي. شيخ الإسلام. الإمام الثقة الحجة. ولد بجماعيل. ونشأ بدمشق. ورحل إلى بغداد فسمع بها من الشيخ عبد القادر الحيلاني وغيره. من تصانيفه: المغني في شرح الخرقي. والكافي. والمقنع. والروضة. والبرهان في مسألة القرآن. ومنهاج القاصدين. وله كرامات مشهورة. مات بدمشق. سنة ٦٢٠ هـ | ٧٥ |
| ٣. | **البابرتي**: هو أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود. فقيه حنفي. حافظ. بارع. رحل إلى حلب. ثم إلى القاهرة. وعرض عليه القضاء مرارا فامتنع. له: شرح مشارق الأنوار. والعناية شرح الهداية. والتقرير شرح أصول البزدوي وغيرها. توفي بمصر. سنة ٧٨٦هـ | ٢٥ |



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

| | | |
|---|---|---|
| .٥ | **الدسوقي**: هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي. من أهل دسوق بمصر. تقلم وحفظ القرآن الكريم ودرس في الأزهر. وكان عالما باللغة العربية. ومن مصنفاته. حاشيته على الشرح الكبير. وحاشته على مغني اللبيب. توفي بالقاهرة. سنة ١٢٣٠هـ | ٤٠ |
| .٤ | **الشافعي**: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي. ولد سنة ١٥٠هـ . قال أبو عبيد القاسم بن سلام: ما رأيت رجلا قط أكمل من الشافعي" كتبه: الأم والرسالة والحجة. مات سنة ٢٠٤هـ وهو أحد الأئمة الأربعة. وإليه ينسب المذهب الشافعي. | ٣٠ |
| .٦ | **الشرقاوي**: هو أحمد بن إبراهيم بن عبد الله الشرقاوي. فقيه شافعي. من مدرسة الأزهر. بالقاهرة. خلف أباه في ذلك. وتصدى للإفتاء. وكان جسيما فصيحا. اتهمه الفرنسيون بالتحريض على الثورة بمصر عليهم. له " نحور الحور العين | ٤٠ |
| .٧ | **الكاساني**: هو أبو بكر محمد بن مسعود بن أحمد الكاساني. ملك العلماء. تفقه على علاء الدين بن محمد السمرقندي. وتزوج ابنته فاطمة. شرح تحفة الفقهاء. وصنف أيضا السلطان المبين في أصول الدين. توفي بحلب. سنة ٥٨٧هـ | ٤١ |
| .١٣ | **الموصلي**: هو عبد الله بن محمود بن مودود. تلقى مبادئ العلوم على أبيه الشيخ محمود. ثم رحل إلى دمشق الشام. فتلقى العلوم من جمال الدين الحصيري. وكان منفردا في عصره في الفروع والأصول. وتولى القضاء بالكوفة. وله:" المختار" ألفه في عنفوان شبابه. ثم صنف شرحا له وسماه ب" الاختيار | ١٠٢ |
| .١٦ | **أبن مفلح**: هو ابراهيم بن محمد بن عبد الله محمد بن مفلح. من قضاة الحنابلة. مولده ووفاته في دمشق. ولي قضاءها سنة ٨٥١هـ. وعين لقضاء الديار المصرية سنة ٨٧٦هـ. من كتبه. المبدع شرح المقنع. مرقاة الوصول إلى علم الأصول. عاش بين عامي ٨١٦-٨٨٤. | ١٥١ |
| .١٧ | **أبو يوسف**: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي. البغدادي. كان من أصحاب الحديث. ثم غلب عليه الرأي. وأخذ الفقه عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي. ثم عن أبي حنيفة. وهو أول من نشر مذهبه. ولي القضاء للمهدي والهادي وهارون الرشيد. وهو أول من تلقب قاضي القضاة. مات ببغداد سنة ١٨٢هـ وله: كتاب الخراج والآثار. وثقة ابن معين وأحمد | ١٥٩ |
| .١٨ | **محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني**. أصله من قرية حرستا بدمشق. ومولده بواسط. ونشأته بالكوفة. أخذ الفقه عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وروي عن مالك والثوري وآخرين. وروى عنه أبو عبيد وابن معين وغيرهما. وهو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه. ولي قضاء الرقة للرشيد. ثم قضاء الري. وبها مات. سنة ١٨٩هـ. من مصنفاته: الأصل. والجامع الكبير. والجامع الصغير. والسير الكبير. والسير الصغير. والآثار | ١٥٩ |

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

## قائمة المراجع


١. القرآن الكريم

٢. ابن الأثير. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري (ت ٦٠٦هـ).**جامع الأصول في أحاديث الرسول.المؤلف** : تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط – التتمة تحقيق بشير عيون.الناشر : مكتبة الحلواني – مطبعة الملاح – مكتبة دار البيان.الطبعة الأولى.

٣. ابن العربي. محمد بن عبد الله الأندلسي، ت٦٣٨هـ، **أحكام القرآن**.دار الكتب العليمة

٤. ابن المنذر ت٣١٨هـ. **الإجماع يتضمن المسائل الفقهية المتفق عليها عند أكثر العلماء المسلمين** . تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد.الطبعة الأولى .١٩٨١م دار مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشئون الدينية.

٥. ابن المنذر، **الإجماع**، مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية. قطر. الطبعة الثانية. ١٩٨٧م.

٦. ابن الهمام. كمال الدين بن عبد الواحد ت ٨٧٤هـ. **فتح القدير**. دار الفكر.

٧. ابن أمير حاج. محمد بن محمد. **التقرير والتحبير في شرح التحرير**. دار الكتب العليمة.

٨. ابن تيمية.أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الملقب بشيخ الإ سلام، ت٧٢٨هـ،**الفتاوى الكبرى**. دار الكتب العلمية.

٩. ابن جزي . أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي، ت٧٤١هـ، .**القوانين الفقهية** .الطبعة الأولى دار القلم ، بيروت. لبنان،.

١٠. ابن حجر الهيتمي. شهاب الدين أحمد بن محمد. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي

١١. ابن حجر الهيتمي . شهاب الدين أحمد بن محمد . **الفتاوى الكبرى الفقهية**. دار الكتب العلمية . الطبعة الأولى. ١٩٩٧م.

١٢. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، أبو الفضل .ت٨٥٢هـ **الدراية في تخريج أحاديث الهداية** ، دار المعرفة.

١٣. ابن حزم.علي بن أحمد بن سعيد، ت٤٥٦هـ، **المحلى بالآثار**. دار الفكر، بيروت.

١٤. ابن رجب الحنبلي. عبد الرحمن بن أحمد ت ٧٩٥هـ. **القواعد** .دار الكتب العلمية. بيروت.

١٥. ابن رشد.أبي الوليد محمد بن أحمد الملقب بالجد.ت.٥٢٠هـ. **المقدمات الممهدات**.دار الكتب العليمة. الطبعة الأولى. ٢٠٠٢م.

١٦. ابن عابدين محمد أمين عمر ت١٢٥٢هـ ، **حاشية ابن عابدين**،دار ع لم الكتب، طبعة خاصة،٢٠٠٣، السعودية، الرياض.

١٧. ابن عابدين محمد أمين، ت١٢٥٢هـ **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** دراسة وتحقيق عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ،الطبعة الأولى، بيروت دار الكتب العلمية ١٩٩٤م.

١٨. ابن عابدين. محمد أمين عمر. **تنقيح الفتاوى الحامدية**. دار المعرفة

١٩. ابن عابدين. محمد أمين عمر. **رد المحتار على الدر المختار**.دار علم الكتب.. طبعة خاصة ..٢٠٠٣م. السعودية. الرياض.

٢٠. ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن محمد،ت ٨٠٣هـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العلمية.




All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢١. ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، ت٣٩٥هـ **معجم مقاييس اللغة**،دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١

٢٢. ابن فطلوبغا، زين الدين قاسم، **تاج التراجم في طبقات الحنفية**، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٦٢م.

٢٣. ابن قدامة ، موفق الدين محمد عبد الله، **المغني** ،دار إحياء التراث العربي .

٢٤. ابن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله، ، **المغني والشرح الكبير على متن المقنع**، دار الفكر، بيروت، لبنان الطبعة الأولى ، ١٩٨٤.

٢٥. ابن قيم الجوزية. محمد. **أعلام الموقعين عن رب العالمين**. دار الكتب العلمية

٢٦. ابن كثير. إسماعيل بن عمر بن كثير الد مشقي. أبو الفداء ت٧٧٤هـ. **تفسير القرآن العظيم** . در الفكر. بيروت. ١٤٠١هـ

٢٧. ابن ماجه، محمد بن يزيد، أبو عبد الله القزويني، ت ٢٧٥هـ،**سنن ابن ماجه** دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٨. ابن مفلح، شمس الدين أبي عبد الله محمد، ت٨٨٤هـ **الفروع**، علم الكتب.

٢٩. ابن مرظور. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم. **لسان العرب**. دار الحديث. القاهرة. ٢٠٠٣م .

٣٠. ابن نجيم .زين العابدين بن إبراهيم .**الأشباه والنظائر** .مؤسسة الحلبي القاهرة. ١٩٩م

٣١. ابن نجيم ،زين الدين بن إبراهيم ت٩٧٠هـ ،**البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية** ،الطبعة الأولى ،بيروت،دار الكتب العلمية ١٩٩٧م .

٣٢. ابن هشام، أبو محمد عبد الملك، **سيرة ابن هشام**، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ، ١٩٥٥م.

٣٣. أبو البصل ،عبد الناصر موسى ،**دراسات في فقه القانون المدني الأردني** .النظرية العامة للعقد، الطبعة الأولى، عمان، دار النفائس ١٩٩٩م.

٣٤. أبو البصل.علي عبد الأحمد. **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني** .دراسة فقهية مقارنة.رسالة دكتوراه.الجامعة الأردنية.١٩٩٥م

٣٥. أبو بكر. محمد. **موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية . القانون المدني الأردني**. رقم ٤٣. لسنة ١٩٧٦م. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. ١٩٩٩م.

٣٦. أبو سليمان. عبد الوهاب. **عقد التوريد**. دراسة فقهية تحليلية. بحث منشورة في مجلة المجمع الفقهي . الدورة ١٢. العدد ١٢. ج٢. ٢٠٠٠م

٣٧. أحمد شويدح. عاطف أبو هديب. **عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعصرة** . " رؤية شرعية " بحث مقدم إلى مؤتمر الإسلام والتحديات المعاصرة المنعقد في الجامعة الإسلامية. الرياض. ٢٠٠٧م.

٣٨. أحمد. محمود علي. **بحوث في الهبة والشفعة والغصب والصيد في الفقه الإسلامي** . دار الهدى . ١٩٧٨م.

٣٩. الألباني.محمد ناصر الدين ت: ١٤٢٠هـ، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م

٤٠. الألوسي. محمود الألوسي أبو الفضل. **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني** . دار إحياء التراث العربي. بيروت

٤١. الأنصاري ،لأبي يحيى زكريا ابن محمد، ٨٢٣-٩٢٦هـ **حاشية الشرقاوي** ، دار الكتب العلمية، الطبعة



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الأولى، ١٩٩٧م.

٤٢. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي المصري ٨٢٣-٩٢٦هـ، **شرح البهجة**، المطبعة اليمنية.

٤٣. الأنصاري،أبي يحيى زكريا السنيكي المصري ٨٢٣-٩٢٦هـ، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ضبط نصه وخرج أحاديثه محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ،٢٠٠١م.

٤٤. أنور طلبة . **العقود الصغيرة. الهبة والوصية**. المكتب الجامعي الحديث. ٢٠٠٤م

٤٥. البابرتي ،أكمل الدين أحمد بن محمود البابرتي، ت٧٨٦هـ **شرح الغاية بهامش فتح القدير على الهداية للسيواسي** ،بيروت ،دار الفكر .

٤٦. الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث، ٤٠٣-٤٧٤هـ، **المنتقى على الموطأ**، دار الكتاب الإسلامي .

٤٧. البجيرمي بن سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي،١١٣١-١٢٢١هـ **حاشية البجيرمي**، دار المعرفة.

٤٨. البجيرمي. سليمان بن محمد. **حاشية البجيرمي على المنهج**. دار الفكر العربي.

٤٩. البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، **البخاري في كتابه الجامع الصحيح المختصر**، ت٢٥٦هـ، دار ابن كثير، اليمامة، ١٩٨٧، الطبعة الثالثة، تحقيق مصطفى ديب البغا .

٥٠. البخاري. عبد العزيز بن أحمد بن محمد.**كشف الأسرار**. دار الكتاب الإسلامي..

٥١. البخاري، عبد العزيز أحمد بن محمد، **كشف الأسرار**، دار الكتاب الإسلامي.

٥٢. بدران. بدران أبو العنيين. **الميراث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون**. ١٩٧٠م.

٥٣. البساتين، يوسف أحمد محمود، **البيوع القديمة والمعاصرة والبورصات المحلية والدولية**، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢م، دار البيارق ، عمان.

٥٤. البغا، مصطفى ، **فقه المعاوضات** ، القسم الثاني ، السنة الثانية ، دار المستقبل للطباعة ، ١٩٨١م .

٥٥. البغدادي. غانم بن محمد. **مجمع الضمانات**. دار الكتاب الإسلامي.

٥٦. البغوي. الحسين بن مسعود الفراء. **معالم التنزيل**. بيوت. تحقيق. خالد العك. مروان سوار. دار المعرفة. بيروت. ١٩٨٧. الطبعة الثانية.

٥٧. البكري. محمد عزمي. **عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد**. دار محمود للنشر. ١٩٩٧م الطبعة الثانية.

٥٨. البهوتي .منصور بن يوسف ت ١٠٥١هـ. **كشاف القناع عن متن الإقناع** .بيروت . دار الفكر . ١٩٨٢م .

٥٩. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد البهوتي، ١٠٠٠-١٠٥١هـ، **شرح منتهى الإرادات**،علم الكتب.

٦٠. البهوتي، منصور بن يونس ت١٠٥١هـ، **الروض المربع شرح زاد المستقنع** ،تحقيق محمد نزار تيم وهيثم نزار تيم، طبعة دار الأرقم بن أبي الأرقم.

٦١. البوطي ،محمد توفيق ،**البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها** ،الطبعة الأولى دمشق ،دار الفكر ١٩٩٨م .

٦٢. البيضاوي، ت٧٩١هـ، **تفسير البيضاوي**،دار الفكر،بيروت،١٩٩٦م، تحقيق عبد القادر عرفات حسونة.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٦٣.	البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي،**سنن البيهقي الكبرى** ، ت٤٥٨هـ، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة،١٩٩٤م، تحقيق، محمد عبد القادر عطا.

٦٤.	التركماني،عدنان خالد، **ضوابط العقد في العقد الإسلامي**،دار المطبوعات الحديثة .

٦٥.	الترمذي،محمد بن عيسى الترمذي السلمي،ت٢٧٩هـ،**سنن الترمذي** دار إحياء التراث العري، بيروت، تحقيق أحمد محمود شاكر وآخرون، واللفظ له .

٦٦.	الثبيتي، سعود بن مسعود بن مساعد، **الاستصناع ( تعريفه، تكييفه، حكمه، وشروطه، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية)** بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجز الثاني ١٩٩٢.

٦٧.	الجبوري، ياسين محمد، **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني** ، دار وائل، طبعة ٢٠٠٢م، عمان.الأردن.

٦٨.	الجرجاني ،علي،**التعريفات** تحقيق مصطفى البابي الحلبي ١٩٣٨م.

٦٩.	جرجس ،**معجم المصطلحات الفقهية والقانونية** راجعه د أنطوان الكاشف ،الشركة العالمية للكتاب الطبعة الأولى ١٩٩٦م .

٧٠.	الجصاص الرازي، أبو بكر أحمد بن علي ٣٠٥-٣٧٠هـ، **أحكام القرآن**، دار الفكر، بيروت.

٧١.	الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي، **الفصول في الأصول**، وزارة الأوقاف الكويتية.

٧٢.	جعبط ، كمال الدين، **عقد الاستصناع**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢م.

٧٣.	الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي ت١٢٠٤هـ، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، على شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري، علق عليه وخرج آياته، عبد الرزاق غالب المهدي،دار الكتب العملية، بيروت، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦م.

٧٤.	الجواهري، حسين، **عقود التوريد والمناقصات**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني.

٧٥.	الجوهري، أبي نصر إسماعيل بن حماد،**الصحاح**، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨م، بيروت.

٧٦.	الحافي. خالد. **الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي**.الطبعة الثانية. ١٤٢١هـ.

٧٧.	حجازين، عبد الله بن حجازين بن إبراهيم، **حاشية الشرقاوي** ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى،١٩٩٧م.

٧٨.	الحجيلان، عبد العزيز بن محمد، **تصرفات الأمين في العقود المالية**، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م سلسلة إصدارات الحكمة.

٧٩.	الحدادي، أبو بكر محمد بن علي ت٨٠٠هـ، **الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري**، المطبعة الخيرية.

٨٠.	حسين، أحمد فراج، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية** الدار الجامعة.

٨١.	الحضرمي. السيد باعلوي. **بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة المتأخرين**.

٨٢.	الحطاب. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ت ٩٥٤هـ **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**. دار الفكر.

٨٣.	الحطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ت ٩٥٤هـ، **مواهب الجليل لشرح**



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**مختصر خليل**، وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل، لعبد الله محمد بن يوسف المواق، ضبط الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥م .

٨٤. الحفظي. عبد القادر بن سليمان. **التحول وأثره في الفقه الإسلامي**. رسالة دكتوراه في جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض.

٨٥. حليبة، سلامة عبد الفتاح ، **أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية** ، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.

٨٦. حماد، نزيه، **عقد السلم في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى ، دار القلم، دمشق، ١٩٩٣م.

٨٧. حمدان ، عبد المطلب عبد الرازق، **المضاربة كما تجريها المصارف الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة** ، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م.

٨٨. حمدي،كمال، **المواريث والهبة والوصية**، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، ١٩٨٧.

٨٩. حمزوقة، إكرام يوسف عيسى، **أحكام الرجوع في الهبة في القانون المدني**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٧.

٩٠. الحمصي، على نديم، **الشركات المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣م.

٩١. الحموي، أحمد بن محمد الحسيني الحموي الحنفي، ت١٠٩٨هـ، **غمز عيون البصائر** ، دار الكتب العلمية.

٩٢. الحنبلي الحافظ أبي فرج عبد الرحمن بن رجب ،**القواعد في الفقه الإسلامي** ،مطبعة دار الكتب العلمية.

٩٣. حيدر. علي. درر الحكام **شرح مجلة الأحكام العدلية**. دار الجيل.

٩٤. الخرشي، **أبو عبد الله محمد الخرشي، ت١١٠١هـ شرح مختصر خليل للخرشي**، دار الفكر .

٩٥. الخطيب الشربيني. محمد بن أحمد. **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دار الكتب العلمية.

٩٦. الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن، ت ٣٨٥هـ، **سنن الدارقطني**، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني

٩٧. الداما أفندي، عبد الرحمن بن محمد ١٠٧٨هـ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، دار إحياء التراث.العربي.

٩٨. الدبو، إبراهيم فاضل، **عقد المضاربة دراسة في الاقتصاد الإسلامي**، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨م، دارعمار.

٩٩. دراغمة، نمر صالح محمود ، **عقد التوريد في الفقه الإسلامي**، دارسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٤م.

١٠٠. الدريني ،فتحي ،**النظريات الفقهية** ، الطبعة الثالثة، دمشق، منشورات جامعة دمشق ١٩٩٢م .

١٠١. الدسوقي .شمس الدين محمد عرفة . **حاشية الدسوقي**.دار الكتب العلمية علي البابي وشركاه .

١٠٢. الدسوقي،شمس الدين محمد عرفة، ت١٢٣٠هـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، لأبي البركات، أحمد الدردير، دار الفكر.

١٠٣. الذهبي. محمد بن أحمد. **سير أعلام النبلاء**. الطبعة السابعة. بيروت. مؤسسة الرسالة.

١٠٤. الرازي، محمد بن أبي بكر الرازي، **مختار الصحاح**. منشورات أبو شنب، عمان.

١٠٥. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، الحنفي، ١١٦٠-١٢٤٣هـ ،**مطالب أولي النهى في**



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

**شرح غاية المنتهى**، منشورات المكتب الإسلامي، بيروت.

١٠٦. الرصاع. محمد بن قاسم . **شرح حدود ابن عرفة**. المكتبة العلمية.

١٠٧. الرملي ،محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي، ٩١٩-١٠٠٤هـ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** بيروت، دار الكتب العلمية ١٩٩٣م.

١٠٨. الزبيدي محمد مرتضى الحسيني **تاج العروس من جواهر القاموس**، الطبعة الثالثة، دراسة وتحقيق علي شيري بيروت دار الفكر ١٩٩٤م.

١٠٩. الزحيلي. وهبة مصطفي. **عقد الاستصناع**. بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي . الدورة السابعة. العدد السابع. الجزء الثاني. ١٩٩٢م.

١١٠. الزحيلي. وهبة. **المعاملات المالية المعاصرة**. دار الفكر. دمشق. الطبعة الثالثة. ٢٠٠٦م.

١١١. الزحيلي. وهبه. **الفقه الإسلامي وأدلته**. دار الفكر. دمشق، الطبعة الرابعة. ٢٠٠٢م.

١١٢. الزحيلي، محمد، **العقود المسماة** ، البيع، المقايضة، الإجارة، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٤.

١١٣. الزحيلي، محمد، **عقد السلم**، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد الثالث عشر، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م.

١١٤. الزحيلي، وهبة مصطفي، **عقد الاستصناع**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢م.

١١٥. الزحيلي، وهبة، **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية والإماراتية والقانون المدني الأردني** ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ، ١٩٨٧م.

١١٦. الزرقا. أحمد محمد. **شرح القواعد الفقهية**. ط٢. دار القلم. دمشق. ٥٦-٥٨.

١١٧. الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، إخراج جديد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى،١٩٩٨م

١١٨. الزرقا، مصطفى أحمد، **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة** ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢م .

١١٩. الزرقا، مصطفى أحمد، **فتاوى الزرقا**، بعناية مجد مكي، وتقديم يوسف القر ضاوي، دار القلم، دمشق،١٩٩٩م.

١٢٠. الزركشي، بد الدين محمد بن عبد الله الزركشي، الشافعي، ت ٧٩٤هـ **المنثور في القواعد الفقهية** ، وزارة الأوقاف الكويتية.

١٢١. الزركشي، بدر الدين بن محمد بن عبد الله ت٧٩٤هـ، **البحر المحيط**، دار الكتبي .

١٢٢. الزركلي، خير الدين، الأعلام ، **قاموس تراجم الأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين**، الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٩م.

١٢٣. الزعبي. محمد يوسف. **العقود المسماة في شرح عقد البيع في القانون الأردني**. الطبعة الأولى.١٩٩٣م.

١٢٤. زيد، محمد عبد العزيز نرجس، **التطبيق المعاصر لعقد السلم**، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٩٩٦، الطبعة الأولى.

١٢٥. الزيلعي فجر الدين عثمان بن علي، **تبين الحقائق في شرح كتر الدقائق** تحقيق الشيخ احمد غزو ،الطبعة الأولى ،بيروت دار الكتب العلمية ٢٠٠٠م .



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١٢٦. الزيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الحنفي، ت٧٦٢هـ، **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، دار الحديث.

١٢٧. السالوس، علي، **عقد الاستصناع** ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابع، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢م.

١٢٨. سراج، محمد، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي** دراسة فقهيه مقارنة ،دار المطبوعات الجامعة.الإسكندرية.

١٢٩. السرخسي،شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد ت٤٩٠هـ، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت.

١٣٠. سعيد، محمد رأفت، **عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة**، بحث منشور في مجلة المجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢م .

١٣١. سلامة ، عبد الحميد أحمد السعد، **نظرية الظروف الطارئة في عقد التوريد والمقاولة في القانون الأردني**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤.

١٣٢. سلطان، أنور،**العقود المسماة**، شرح عقدي البيع والمقايضة، دارسة مقارنة في القانون المدني المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٠م.

١٣٣. السلمي، سعد بن غرير بن مهدي، **شركة المضاربة في الفقه الإسلامي**، دارسة تحليلية مقارنة، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، مكة، ١٩٩٧م.

١٣٤. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي . **حاشية الجمل على شرح المنهج** . على شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري. علق عليه وخرج آياته. عبد الرزاق غالب المهدي.دار الكتب العملية. بيروت. الطبعة الأولى. ١٩٩٦.

١٣٥. السمرقندي،علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد، ت٥٣٩ **تحفة الفقهاء:** تحقيق محمد زكي عبد البر، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر.

١٣٦. السنهوري. عبد الرزاق. أحمد. **شرح القانون المدني في العقود . عقد الإيجار**. المجمع العلمي العربي الإسلامي. منشورات محمد الداية. بيروت.

١٣٧. السنهوري. عبد الرزاق. **نظرية العقد**. المجمع العلمي العربي الإسلامي. بيروت. لبنان.

١٣٨. السنهوري.عبد الرزاق احمد .**مصادر الحق في الفقه الإسلامي** .دراسة مقارنة بالفقه الغربي .محل العقد.الطبعة الثالثة ١٩٦٧م.

١٣٩. السنهوري، عبد الوازق، الوسيط ، **العقود التي تقع على الملكية**، الهبة والشركة والدخل الدائم، والقرض، والصلح، دار إحياء التراث العربي.

١٤٠. السيواسي، كمال الدين محمد بن محمد عبد الواحد، المعروف بابن الهمام ، **شرح فتح القدير**، مطبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر .

١٤١. السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الخضيري، ٨٤٩-٩١١هـ **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية** الطبعة الأولى بيروت دار الكتب العلمية ١٩٨٣م .

١٤٢. الشاذلي. حسن. **الإيجار المنتهي بالتمليك**. بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الخامسة.

١٤٣. الشاذلي، حسن على، **الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه، صورة في عقد الاستصناع أو عقد السلم**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢م .

١٤٤. الشافعي -أحمد محمود -**تاريخ الفقه الإسلامي وبعض نظرياته العامة نظرية الملكية والعقود** ، دون



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

طبعة ولا تاريخ.
١٤٥.  الشافعي. محمد بن إدريس الشافعي، **أحكام القرآن**،درا الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ،تحقيق عبد الغني عبد الخالق.
١٤٦.  الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، اعتنى به حسان عبد المنان، طبعة بيت الأفكار الدولية .
١٤٧.  شبر-محمد عثمان- **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية** ،دار الفرقان الطبعة الأولى،٢٠٠٠م .
١٤٨.  شبير. محمد عثمان. **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية** . دار الفرقان . ط١. ٢٠٠٠م
١٤٩.  الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني ت٩٧٧هـ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥م .
١٥٠.  الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، ت٩٧٧هـ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق، علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،١٩٩٤م.
١٥١.  شرف الدين، عبد العظيم، **عقد المضاربة بين الشريعة والقانون**، ومدى صلاحيته للتطبيق في العمليات المصرفية المعاصرة، الدار الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤، الطبعة الأولى.
١٥٢.  شلبي، محمد مصطفى، **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والمعقود فيه**،دار النهضة العربية، بيروت.
١٥٣.  الشماخي، عامر بن علي ، **الإيضاح**، الطبعة الثانية ، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان،١٩٩٦م.
١٥٤.  شنب، محمد لبيب، **شرح أحكام عقد المقاولة**، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤م، مطبعة المعارف.
١٥٥.  الشوكاني. محمد بن علي بن محمد. **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** . تحقيق أحمد عبد السلام. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. بيروت. ١٩٩٤م.
١٥٦.  الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الصنعاني،١١٧٢-١٢٥٠هـ، **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٤٨هـ.
١٥٧.  الشوكاني، محمد بن علي، **نيل الأوطار**، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م.
١٥٨.  الشيباني، أحمد بن حنبل أبو عبد الله، **مسند أحمد**،ت٢٤١هـ، مؤسسة قرطبة، مصر.
١٥٩.  الشيخ النظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، المغروفة بالفتاوى العالمكيرية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.
١٦٠.  شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد ت١٠٧٨هـ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي.
١٦١.  الشيرازي، ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج** ، دار إحياء التراث.العربي.
١٦٢.  الصابوني، عبد الرحمن، **المدخل لدارسة التشريع الإسلامي**، بعض النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المطبعة التعاونية، ١٩٧٥.
١٦٣.  الصابوني،محمد علي، **الفقه الشرعي الميسر**، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢م.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١٦٤. صادق موريس ، **قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية** ، طبعة دار محمود للنشر والتوزيع.

١٦٥. الصاوي. أبو العباس أحمد. **حاشية الصاوي على الشرح الصغير**.دار المعارف. ٤/٥.

١٦٦. صبرة، محمود محمد علي، **ترجمة العقود الإدارية**، طبعة مركز مي للكمبيوتر.

١٦٧. الصبيحي، عبد الله محمود، **الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات المالية** ،دار النفائس الطبعة الأولى ٢٠٠٦م .

١٦٨. الصده، عبد المنعم فرج، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤.

١٦٩. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، **سبل السلام**، دار الكتب العلمية.

١٧٠. الضمور. أحمد خليف . **الوجيز في شرح العقود المسماة في القانون المدني الأردني**. **البيع والإيجارة . وقانون المالكين والمستأجرين**. المطبعة الوطنية. الطبعة السادسة. ٢٠٠٦م.

١٧١. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد الطبري، ت٣١٥هـ، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** ، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.

١٧٢. الطرابلسي. علاء الدين على بن خليل. **معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام**. دارالفكر.

١٧٣. طموم، محمد ، **المضاربة في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م، مطبعة حسان، القاهرة.

١٧٤. الطوري القادري. محمد بن حسين بن علي . **تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق** . دار الكتب العليمة. بيروت. الطبعة الأولى.١. ١٤١٨هـ.

١٧٥. الظاهر، خالد خليل، **القانون الإداري**، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧م،

١٧٦. العبادي، أبو بكر، محمد بن علي الحدادي ٨٠٠هـ، **الجوهرة النيرة**، المطبعة الخيرية.

١٧٧. عباس الصراف. **شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي**. دارسة مقارنة. دار البحوث العلمية . الكويت. الطبعة الأولى. ١٩٧٥م.

١٧٨. عبد الحكيم أحمد محمد، **عقد التوريد وتكييفه في الميزان الفقهي المقارن** . دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧م

١٧٩. عبد السميع إمام. . **نظرات في أصول البيوع الممنوعة**. دار الطباعة المحمدية.

١٨٠. عبد الله ، محمد عبد الله، **عقد الاستصناع**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢.

١٨١. عبد المجيد الحكيم،**الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي** ،الجزء الأول،مصادر الالتزام ١٩٨٠م.

١٨٢. عبد الواحد كرم ،**معجم مصطلحات الشريعة والقانون**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م .

١٨٣. العبيدي. على هاوي. **بيع الوفاء**. دارسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي.بحث منشورة في جامعة اربد الأهلية.

١٨٤. العجيلي، سليمان بن عمر بن منصور، **حاشية الجمل على شرح المنهج**،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.




All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١٨٥.	عربيات، وائل محمد، **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منها في ا لمؤسسات الاقتصادية**، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٣.

١٨٦.	عزام، حمد فخري حمد – **التحول في العقد** "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني،رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٠م.

١٨٧.	العساف، عدنان محمود، **عقد بيع السلم وتطبيقاته والمعاصرة**، جهينة للنشر، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩.

١٨٨.	العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل ت ٨٥٢هـ، **تلخيص التحبير** ، المدينة المنورة، ١٩٦٤م، ١٣٨٤هـ، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني.

١٨٩.	علي الجرجاني، **التعريفات**، تحقيق إبراهيم الإبياري، بيروت، دار الكتاب العربي ١٩٨٥م.

١٩٠.	علي حسن يونس، أبو زيد رضوان ، **القانون التجاري** ، دار الفكر العربي، ١٩٧٠.

١٩١.	علي حيدر ،**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريف فهمي الحسيني بيروت دار الكتب العلمية.

١٩٢.	عليش، محمد بن أحمد بن محمد ت١٢٩٩هـ، **منح الجليل شرح مختصر خليل**،دار الفكر.

١٩٣.	غرايبة، هيثم محمد، الإيجاب والقبول في العقد وبعض المسائل المتعلقة بتنفيذه رسالة ماجستير الجامعة الأردنية ١٩٩٥ م .

١٩٤.	الغنانيم، قذافي عزات عبد الهادي، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٣م.

١٩٥.	الفتلاوي ،صاحب عبيد، تحول العقد،دراسة مقارنة الطبعة الأولى ،١٩٩٦م مكتبة الثقافة للنشروالتوزيع.

١٩٦.	فرموزا. درر الحكام شرح غرر الأحكام. دار إحياء الكتب العربية.

١٩٧.	الفقي، محمد على عثمان، فقه المعاملات، دارسة مقارنه، دار المريخ، الرياض، ٢٠٠٢م.

١٩٨.	فكري، علي،المعاملات المادية والأدبية، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابي،١٩٣٨م.

١٩٩.	اللكنوي، أبي الحسنات محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم بن محمد أمين الله . **الفوائد البهية في تراجم الحنفية مع التعليقات السنية على الفوائد البهية**، ،الناشر، نور محمد كارخانة تجارت ، مصر،١٣٢٤هـ.

٢٠٠.	فوزي صلاح الدين، **قانون المناقصات والمزايدات**، سنة ١٩٨٨م ، المشاكل العملية والحلول القانونية ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، طبيعة دار النهضة العربية.

٢٠١.	الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي، ت ٨١٧هـ ، **القاموس المحيط**. رتبه حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، ٢٠٠٤م .

٢٠٢.	الفيومي،أحمد بن محمد بن علي المقري،ت٧٧٠هـ، **المصباح المنير** المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٠٦م.

٢٠٣.	القاضي زاده شمس الدين أحمد بن قودر، ت ٩٨٨هـ **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار** ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥م.

٢٠٤.	القاضي، محمد السيد، **مبادئ القانون التجاري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

٢٠٥.	القانون المدني الأردني. رقم ٤٣. سنة ١٩٧٦. **موسوعة التشريعات والبحوث والاجتهادات القضائية**. قسم البحوث والدراسات القانونية. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع٢٠١٠م.

٢٠٦.	**القانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية**، مصادر الألتزام، مطبعة دار الكتاب العربي .

٢٠٧.	قدري باشا، **مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان** ، المطبعة الأميرية، بولاق ١٩٠٩م، الطبعة الثالثة.

٢٠٨.	قراريه، زياد شفيق حسن، **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي**، وما يقابله في القانون المدني، رسالة




All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ماجستير، جامعة النجاح ، ٢٠٠٤م .

٢٠٩. القرة داغي، علي محي الدين ، **عقد الاستصناع**، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٩٩٢م .

٢١٠. القرطبي، **جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م، تصنيف فريد عبد العزيز الجنيدي.

٢١١. القرطبي، محمد بن أحمد بن أحمد بن فرح ، ت ٦٧١هـ، **الجامع لأحكام القرآن الكريم**، دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٧٢هـ، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني.

٢١٢. القره داغي، علي محي الدين علي، **مبدأ الرضا في العقود**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ، ١٩٨٥م، دار البشائر الإسلامية.

٢١٣. القضاة، زكريا محمد الفالح، **السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى ، دار الفكر، عمان ١٩٨٤م.

٢١٤. القيلوبي، شهاب الدين أحمد بن سلامة، عميرة، شهاب الدين أحمد البرلسي، **حاشيتا قيلوبي وعميرة**، ضبطه وصححه عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧م .

٢١٥. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود ٥٨٧هـ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،**تحقيق**، محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.

٢١٦. الكرابيسي ، أسعد بن محمد، **الفروق** عالم الكتب.

٢١٧. الكردي. أحمد الحجي. **فقه المعاوضات (١)** . مطابع مؤسسة الوحدة. ١٩٩٨م.

٢١٨. الكركي، عصام أحمد سليمان، **عقد المقاولة الأردني**، واثر تعديلات فيديك ٩٩ على المشاريع الإنشائية في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، ٢٠٠٦م.

٢١٩. كرم ، عبد الواحد ، **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الثانية ، ١٩٩٥م.

٢٢٠. الكناني،أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل ت ٨٤٠هـ، **مصباح الزجاجة**، دار العربية، بيروت، ١٤٠٣هـ، الطبعة الثانية، تحقيق محمد المنتقى الكشناوي.

٢٢١. مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٢٢. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**.الدورة الثانية عشرة. العدد الثاني عشر. الجزء الثاني.٢٠٠٠م

٢٢٣. مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، الطبعة الثالثة، دار عمران.

٢٢٤. **محكمة التمييز الأردنية**. قرار رقم ١٠٦٩/١٩٨٧ فصل. بتاريخ ١٩٨٧/١/١. هيئة عادية. منشور على الصفحة ١٠١٩. من العدد٦. من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠.

٢٢٥. محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، ت ٤٠٥هـ ،**المستدرك على الصحيحين**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠م، الطبعة الأولى ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.

٢٢٦. محمد بن علي بن الحسن الحسني الدمشقي، في كتابه **مجمع الزوائد**، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٢٧. محمد رواس قلعجي،حامد صادق قنيبي **معجم لغة الفقهاء** طبعة دار النفائس .

٢٢٨. محمد فرموزا، ت٨٨٥هـ **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، دار إحياء الكتب العربية.

٢٢٩. المرداوي –أبو الحسن علاء الدين – **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** مكتبة السنة المحمدية



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القاهرة الطبعة الأولى ١٩٥٦م .

٢٣٠. المرداوي، أبي الحسن على بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى ، ١٩٥٧م، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت .

٢٣١. مرقس سليمان **نظرية العقد** دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٦ م، القاهرة .

٢٣٢. مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، ت٢٦١هـ، **صحيح مسلم** دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٣٣. المصري، رفيق يونس، **عقود التوريد والمناقصات**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، العدد الثاني عشر.

٢٣٤. المظفر، محمود، **نظرية العقد**، دارسة قانونية مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، دار حافظ، جدة، ٢٠٠٢م.

٢٣٥. مقابلة ،علاء الدين محمد علي ، **تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة**،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ،رسالة ماجستير جامعة آل البيت ٢٠٠٤م .

٢٣٦. المكتب الفني **المذكرات الإيضاحية**، للقانون المدني الأردني، عمان، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥م، مطبعة التوفيق.

٢٣٧. منذر. الفضي. صاحب الفتلاوي. **العقود المسماة**. الطبعة الثانية. دار الثقافة. عمان. ١٩٩٥م.

٢٣٨. المواق، محمد بن يوسف العبدري ٨٩٧هـ، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية.

٢٣٩. **موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية** ، القانون المدني الأردني، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، إعداد مصطفى محمود فراج، دار الثقافة، ٢٠١٠م .

٢٤٠. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، وزارة الأوقاف الكويتية.

٢٤١. الموصلي، عبد الله بن محمود مودود ت٦٨٣هـ، **الاختيار لتعليل المختار**، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠٤م.

٢٤٢. النفراوي. أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا. **الفواكه الدواني**. دار الفكر.

٢٤٣. نقابةالمحامين، عمان، المكتب الفني، **مجموع قانون التجارة الأردني** ١٩٧٨م.

٢٤٤. النووي، أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر.

٢٤٥. النووي، أبي زكريا يحيى بن شرف،**روضة الطالبين**، تحقيق عادل أحمد عبد الجواد، علي محمد معوض.

٢٤٦. النووي، **روضة الطالبين وعمدة المتقين** ،المكتب الإسلامي تحقيق زهير الشاويش الطبعة الثالثة، ١٩٩١م.

٢٤٧. الهادي. السعيد عرفة. **حكم بيع الوفاء**. وهل يعتبر رهنا. بحث منشور في مجلة = البحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق جامعة المنصورة. العدد ١٧. ١٩٩٥م

٢٤٨. هاشم، هشام رفعت، **شرح قانون العمل الأردني**، الطبعة الثانية ، عمان مكتب المحتسب، ١٩٩٠م.

٢٤٩. الهيثمي، علي بن أبي بكر،ت٨٠٧هـ **مجمع الزوائد** دار الريان للتراث، القاهرة،١٤٠٧هـ .

٢٥٠. الوادياشي، عمر بن علي بن أحمد الأندلسي، ت ٨٠٤هـ، **تحفة المحتاج**، دار حراء، مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ، الطبعة الأولى، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني.



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

# فهرست الموضوعات



All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit